بسم الله الرحمن الرحيم

قال جل شأنه العزيز

فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك

بالعروة الوثقى لا انفصام لها

هذا هو المجلد الثاني من العروة الوثقى

فيما تعم به البلوى

لسيد العلماء الربانيين حجة الاسلام والمسلمين آية الله في

العالمين خاتمة السلف وغاية الشرف سيدنا الاعظم

المرحوم المبرور السيد محمد كاظم الطباطبائي

اعلى الله في الفردوس درجته

ورفع في الجنان

منزلته مع جده سيد المرسلين

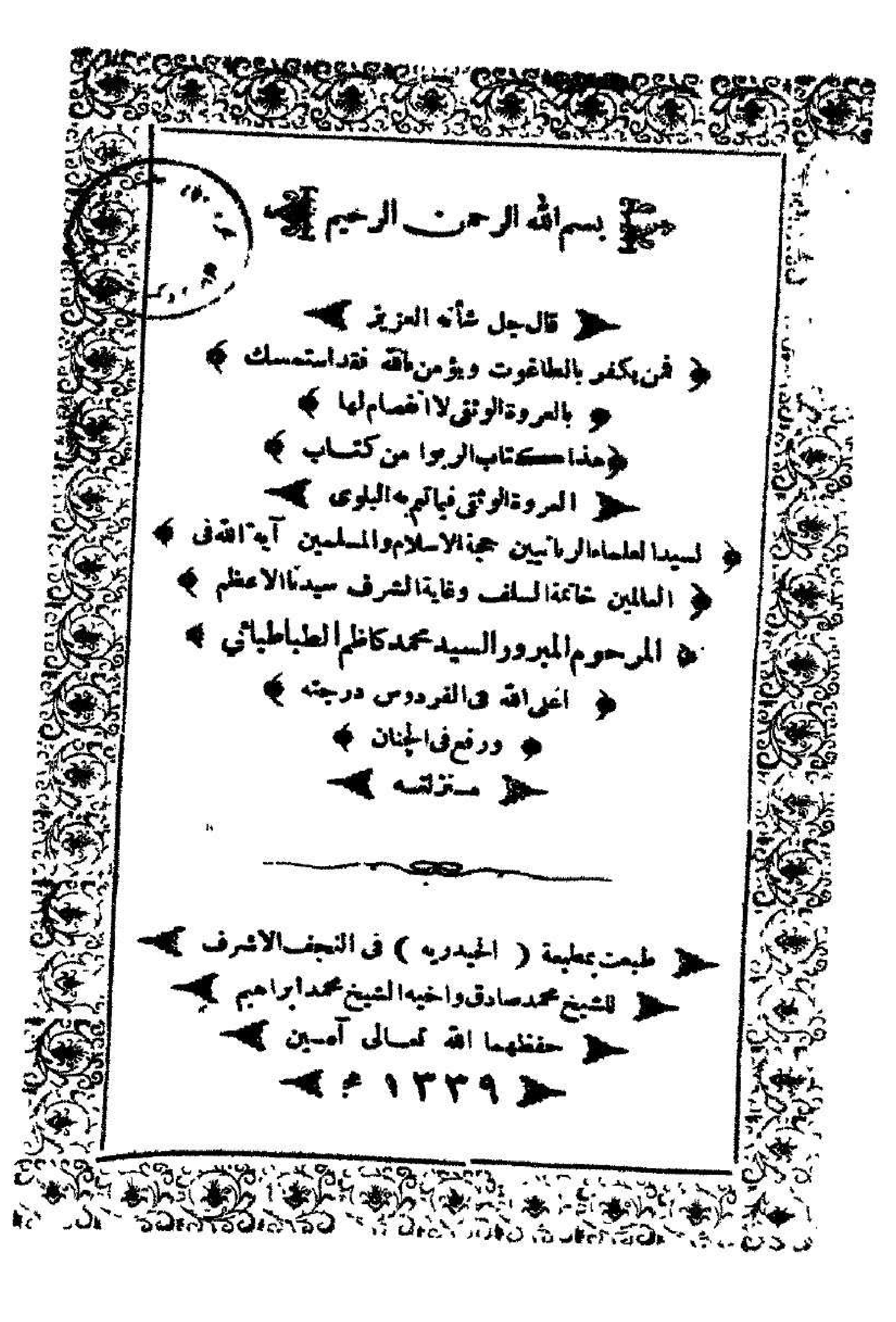
وهو يشتمل على كتاب الربوا والوكالة والهبة والوقف والعدد

طبعت بمطبعة (الحيدريه) في النجف الاشرف

للشيخ محمد صادق واخيه الشيخ محمد ابراهيم

حفظهما الله تعالى آمين

١٣٤٠ هـ



بسم الله الرحمن الرحيم

قال جل شأنه العزيز

فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك

بالعروة الوثقى لا انفصام لها

هذا كتاب الربوا من كتاب

العروة الوثقى فيما تعم به البلوى

لسيد العلماء الربانيين حجة الاسلام والمسلمين آية الله في

العالمين خاتمة السلف وغاية الشرف سيدنا الاعظم

المرحوم المبرور السيد محمد كاظم الطباطبائي

اعلى الله في الفردوس درجته

ورفع في الجنان

منزلته

طبعت بمطبعة (الحيدريه) في النجف الاشرف

للشيخ محمد صادق واخيه الشيخ محمد ابراهيم

حفظهما الله تعالى آمين

١٣٣٩ م

كتاب الربوا

بسم الله الرحمن الرحيم

الفصل الاول فى الربوا

المحرم بالكتاب والسنة واجماع المسلمين بل ضرورة الدين فمستحله داخل فى سلك الكافرين وانه يقتل كما فى خبر ابن بكير قال بلغ اباعبدالله ع عن رجل انه كان ياكل الربوا ويسميه اللباء فقال ع لان امكننى الله منه لاضرب عنقه وقد ورد التشديد فى حرمته فعن النبى ص فى وصيته لعلى ع قال يا على الربوا سبعون جزء ايسرها مثل ان ينكح الرجل امه فى بيت الله الحرام وفى خبر عن ابى عبد الله ع قال ع الربا سبعون بابا اهونها عندالله كالذى ينكح امه وفى اخر عنه ع درهم واحد ربا اعظم من عشرين زنية كلها بذات محرم (وفى ثالث) عنه ع درهم رباً اشد عندالله من ثلثين زنية كلها بذات محرم مثل عمة وخالة (وفى رابع) عنه ع درهم ربا عندالله اشد من سبعين زنية كلها بذات محرم (وفى خامس) عنه ع درهم ربا اعظم عندالله من سبعين زنية كلها بذات محرم فى بيت الله الحرام ولعل اختلاف الاخبار انما هو بالنسبة الى اختلاف الامكنة والاوقات والحالات والاشخاص والكيفيات وعن النبى ص شر المكاسب كسب الربوا وعن ابى جعفر ع اخبث المكاسب كسب الربوا وعن النبى ص من اكل الربوا ملاء الله بطنه من نار جهنم بقدر مااكل وان اكتسب مالا لم يقبل الله منه شيئا من عمله ولم يزل فى لعنة الله والملئكة ماكان عنده قيراط وفى خبر اذا اراد الله بقوم هلاكا ظهر فيهم الربوا وفى الاخبار ان العلة فى تحريمه منعه من اصطناع المعروف ومن القرض ولما فيه من الفساد والظلم وفناء الاموال لان الانسان اذا اشترى الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهما وثمن الاخر باطلا فحرم الله على العباد الربا لعلة فساد الاموال كما حظر على السفيه

ان يدفع اليه ماله ﴿مسئلة ١﴾ كما يحرم اخذ الربوا يحرم دفعه بل يحرم كتابته والشهادة عليه فمن علي ع لعن رسول الله ص الربوا واكله وبايعه ومشتريه وكاتبه وشاهديه وعنه ص انه نهى عن اكل الربوا وشهادة الزور وكتابة الربوا وقال ان الله لعن اكل الربوا ومواكله وكاتبه وشاهديه (مسئلة ٢) اذا اضطر الدافع او القابض الى الربوا لا يسوغ له ذلك لامكان تركه ودفع الضرورة بوجه اخر من احد طرق الفرار منه او بغيره وعلى فرض التوقف عليه ايضا لا يجوز لان المعاملة فاسدة فلا يجوز التصرف اذ الحكم الوضعي لا يرتفع بالاضطرار مع انه يكفي في الفساد كون الطرف الاخر مختارا الم لو كان على وجه الشرط وقلنا ان الشرط الفاسد لا يفسد جاز ومن ذلك ظهر انه لا وجه لما عن الدروس من قوله اذا اضطر الدافع ولا مندوحة فالاقرب ارتفاع التحريم في حقه مع انه لا وجه للتخصيص بالدافع اذ لا فرق بينه وبين القابض مع الاضطرار وكذا لا وجه لما في الجواهر حيث انه بعد نقل ذلك عن الدروس قال وهو جيد في بعض افراد الضرورة الا اذا كان مراده صورة وصول الاضطرار الى حد جواز اكل مال الغير (مسئلة ٣) الربوا اما في المعاملة من البيع ونحوه واما في القرض والكلام في المقام الاول واما البحث في الثاني فيكون في بابه وهو عبارة عن الزيادة في احد العوضين المتجانسين او البيع المشتمل على الزيادة بالشروط الاتيه والزيادة اما ان تكون عينية على وجه الجزئية من جنس العوضين او من غيره واما ان تكون عينية على وجه الاشتراط واما ان تكون غير عينية مما يكون مالا كسكنى دار او عمل له مالية كخياطة ثوب او يكون مما فيه منفعة كاشتراط مصالحة او بيع محاباتي او اشتراط خيار او تسليم في مكان معين او مما فيه غرض عقلائي كاشتراط كنس المسجد او اعطاء شيء للفقير او قرائة القرآن او اتيان الصلوة اول الوقت او المواظبة على صلوة الليل او الاتيان بالواجبات الشرعية عليه او نحو ذلك فهل الموجب للربا مطلق الشرط من حيث انه التزام بشيء فيكون زيادة او يختص بما له مالية او بما فيه منفعة او يختص بالعينية فقط وجوه واللازم ملاحظة الدليل الدال على الحاق الشرط بالجزء فنقول الذي يمكن ان يستدل به على ذلك اما دعوى الاتفاق كما يظهر من صاحب الجواهر واما دعوى ان المستفاد من الاخبار منطوقا ومفهوما ان الشرط في صحة المعاملة مع اتحاد الجنس

المثلية وانه لا يجوز الامثلا بمثل والزيادة وان كانت بنحو الشرط فى احدهما تخرجه عن كونه مثلا واما دعوى دلالة خبر خالد بن الحجاج على ذلك فانه قال سئلته عن رجل كان لى عليه مائة درهم عددا قضانيها مائة درهم وزنا قال ع لا باس به ما لم تشارط وقال جاء الربوا من قبل الشرط وانما تفسده الشروط اما الاتفاق فهو مع ان القدر المتيقن منه الزيادة العينية بل عن الاردبيلى عدم الربوا فى الزيادة الحكمية وكذا يظهر من المحكى عن ابن ادريس وايضاً عن القواعد وجامع المقاصد جواز اشتراط البيع بثمن المثل بل محاباة ايضاً فى القرض الذى هو اضيق دائرة كما يدل عليه جملة من الاخبار فى مسئلة الربوا وكذا جواز اشتراط الرهن على القرض بل على دين اخر وعن جماعة جواز اشتراط التسليم فى بلد غير بلد القرض كما يدل عليه جملة من الاخبار وكذا جواز اشتراط ضمان او كفالة او اشهاد او رهن ويظهر من صاحب الجواهر جواز اشتراط وصف الخاتمية فى بيع الفضة بالفضة بل نسبه الى ما يمنع من جواز اشتراط صياغة خاتم فى بيع الدرهم بالدرهم قال لو كان الشرط مثلا بيعه اى بيع الدرهم بفضة مصوغة خاتما امكن عدم تحقق الربا لعدم اشتراط العمل فهو كبيعه الفضة بالفضة من الدراهم مثلا او فضة من جنس المصوغ على وجه خاص ونحو ذلك مما هو افراد المبيع وبالوصف والشرط يتعين بعض افراده ومثله لا يتحقق به الربوا قطعا قال اذ ليس مطلق الاشتراط فى احد العوضين يتحقق به ذلك انتهى فدعوى الاتفاق المذكور على عمومه محل منع واما الاخبار الدالة على اعتبار المثلية فظاهرها المثلية فى القدر لا من جميع الجهات وعلى فرض الشمول لمثل الشرط نمنع ان كل شرط ينافى المثلية واما خبر خالد فهو فى القرض وكون البيع كالقرض فى ذلك محل منع ودعوى ان قوله جاء الربوا من قبل الشرط قاعدة كلية لا فى خصوص المورد محل منع وعلى فرضه فالقدر المتيقن منه شرط الزيادة العينية او ما يكون له مالية فلا يراد منه كل شرط فالاقوى عدم الحاق الشرط الجزئى فى ايجاب الربوا على اطلاقه بل القدر المتيقن شرط الزيادة العينية او ما بمنزلتها بحيث يخرج المعاملة عن كونها واقعة على مثل بمثل والا فمقتضى العمومات ودليل الشرط جوازه لكن الاحوط المنع من كل ما فيه منفعة واحوط من ذلك الحاقه به مطلقا حتى ما لا منفعة فيه بل فيه غرض عقلائى (مسئلة ٤) هل المعاملة الربوية فاسدة مطلقا حتى بالنسبة الى ما عدا الزيادة او صحيحة بالنسبة اليه مطلقا

سواء كانت الزيادة جزءاً او شرطاً او باطلة فيما اذا كانت جزءً وصحيحة اذا كانت شرطاً بالنسبة الى ماعدا الزيادة وجوه بل اقوال فانه حكى عن بعضهم الصحة بالنسبة الى ماعدا الزيادة حتى فيما كانت جزءً والمسئلة مبنية على ان الربوا والمنهي عنه هو البيع المشتمل على الزيادة كما يظهر من جماعة منهم صاحب المسالك حيث قال انه بيع احد المتماثلين مع زيادة فى احدهما ولعله لقوله ع لعن الله اياه ومشتريه ولما عن مجمع البيان ان معنى احل الله البيع وحرم الربوا احل الله البيع الذى لا ربوا فيه وحرم البيع الذى فيه الربوا او ان الربا والمنهي عنه هو الزيادة على احد العوضين كما هو معناه لغة غاية الامر ان المراد منه شرعاً الزيادة الخاصة فى مورد خاص فعلى الاول تكون المعاملة فاسدة مطلقاً جزءً كانت الزيادة او شرطاً لانه مقتضى النهي المتعلق بذات المعاملة ولان المستفاد من الاخبار تحريم اكله وان درهما منه اشد من الزنا بذات محرم ونحو ذلك فيكون اكل ماعدا الزيادة ايضاً كاكل الربوا وتحريم العوضين فى المعاملة لا يكون الا لفسادها لان النهي عن ترتيب الاثر على المعاملة يدل على فسادها كما فى قوله ع ثمن الخمر سحت فانه يدل على فساد بيع الخمر وان قلنا ان النهي عن بيعها لا يدل على الفساد وعلى الثاني فاللازم التفصيل بين ما اذا كانت جزءً او شرطاً ففى الاول المعاملة باطلة لعدم كون الزيادة متميزة عن الذى يقابل العوض الاخر حتى تكون بالنسبة الى الزيادة باطلة وبالنسبة الى المقابل صحيحة اذ كل جزء من المثل يقابل جزئين من المثلين فليست بينهما مثل وزيادة §

(وفى الثانى) مبنى على ان الشرط مفسد اولا والاظهر هو الثانى لان المستفاد من الاخبار حرمة اكل الزيادة عن رأس المال وانه الاشد من الزناية بذات المحرم فمراد الشارع من حرمة الربوا حرمة الزيادة ولا دلالة فى قوله ع لعن الله اياه على كون المحرم هو البيع كما لا يخفى ولا شاهد على تفسير الطبرسى بل يمكن ان يقال ان الاية ظاهرة فى حرمة الزيادة فقط وعلى هذا فالاقوى البطلان فيما اذا كانت جزءً لما ذكر من ان الزيادة ليست ممتازة عن رأس المال حتى تكون المعاملة صحيحة بالنسبة اليه فلا وجه لما عن ذلك البعض من الصحة حتى فيما كانت الزيادة جزءً ودعوى ان الزيادة فى احد العوضين لما كانت بملاحظة اجل او وصف من جودة او نحوها فى العوض الاخر فكأنه باع المثل بالمثل والزايد بالاجل او الوصف او نحوهما لا ان يكون كل جزء من المثل فى مقابل جزئين

من المثلين مثلا ولذا فيما اذا باع منا من الحنطة الجيدة بمنين من الرديئة العرف يقولون ان المن الزائد في قبال الجودة فيمكن الحكم بالصحة في المن والبطلان في الزائد مدفوعة بان المقابلة بين كل جزء وجزئين والاوصاف لا تقابل بالاعواض بل هي سبب للزيادة ودعوى ان المتبايعين وان قصدا مقابلة المثل بالمثلين الا ان الشارع حيث منع من الزيادة جعل المثل في مقابل المثل ولم يمض ما قصداه ولذا حكم بوجوب رد الزيادة فقط فيما اذا كان جاهلا بحرمة الربوا حيث قال تعالى وان تبتم فلكم رؤس اموالكم ويدل عليه جملة من النصوص مدفوعة بعدم ثبوت هذا التعبد والحكم في الاية والاخبار مخصوص بصورة الجهل ومع ذلك منزل على التقاص بالنسبة الى رأس المال حيث ان ماله عند الطرف الاخر فلا دلالة فيها على الصحة بالنسبة اليه وبالجملة فلا ينبغي الاشكال في البطلان في الزيادة الجزئية بحسب القاعدة مع ان الاخبار الدالة على اعتبار المثلية مفهوما ومنطوقا ظاهرها بيان الحكم الوضعي او الاعم منه ومن التكليفي فهي دالة على فساد المعاملة وانه يشترط فيها كونها مثلا بمثل واما اذا كانت الزيادة شرطا فالاقوى بطلان المعاملة ايضا وان قلنا ان الشرط الفاسد غير مفسد وذلك للاخبار المشار اليها فان شرط الزيادة في احد العوضين موجب لعدم صدق المماثلة المشترطة في صحة المعاملة والشرط الفاسد انما لا يفسد اذا لم يكن موجبا لفقد شرط في اصل المعاملة او احداث مانع فيها والا فيكون مفسدا كما في الشرط الذي يوجب الجهالة والمقام فيما نحن فيه شرط الزيادة موجب لفقد المماثلة وان كان فاسدا اذ معه لا يصدق مبادلة المثل بالمثل وزيادة حتى تبطل بالنسبة الى الزيادة وتصح بالنسبة الى المثلين كما هو حال الجزء وظاهر كلمات العلماء ايضا بطلانها مطلقا ويمكن ان يستدل على البطلان بان النهي وان كان عن الزيادة الا انه يسري حكمها الى اصل المعاملة عرفا فانه اذا قال يحرم هذا البيع بشرط ان تشرب الخمر يفهم منه عرفا حرمة البيع ايضا وفيه على فرض التسليم ان النهي حينئذ ليس متعلقا بذات المعاملة من حيث هي بل لامر خارج وهو اشتمالها على الشرط فلا يدل على الفساد ومن هنا يمكن ان يقال بعدم بطلان اصل القرض باشتراط الزيادة فان النهي فيه متعلق بخصوص الزيادة ولا يدفع صراحته على نفس القرض على فرض تسليمه فلا يدل على بطلان اصل القرض فيشكل الحكم بفساده وان حكي عن [illegible]

الاجماع على فساده لكنه غير ثابت ولذا اختار صاحب الجواهر عدم البطلان هنا وان اخبار البطلان في باب القرض لم تظافر النبوي كل قرض يجر منفعة فهو حرام يمكن حمله على صورة الشرط حرمة اصل القرض بل دعوى ما يروى كل قرض يجر منفعة فهو فاسد لكنه كما في الحدائق ليس من طرقنا بل يظهر من بعض الاخبار ان الامام ع رد هذا الخبر حيث قال السائل بعد حكم الامام ع بعدم الباس عن القرض واخذ الرهن والانتفاع به فقلت ان من عندنا يروون كل قرض يجر منفعة فهو فاسد قال ع اوليس خير القرض ما جر منفعة فبطلان القرض مبني على كون الشرط الفاسد مفسدا وهو ثم (مسئلة ٥) الزيادة الشرطية موجبة للربوا وان كانت في قبال وصف مالية في الطرف الاخر من جودة او صوغ او نحوهما لو باع منا من الحنطة الجيدة بمنين من الردية واشترط على صاحب الردية خياطة ثوب فانه يوجب الربوا وان كانت اجرة الخياطة بقدر مالية الجودة (مسئلة ٦) هل الشرط كما انه موجب للربوا يمنع عنه ايضا كما اذا باعه منين من الحنطة بمن واشترط عليه خياطة ثوب مثلا الظاهر انه لا يمنع نعم لو جعل شرطا في قبال شرط بان باعه منا بمن وشرط عليه خياطة ثوب وشرط الاخر عليه كتابة مثلا يمكن ان يقال بالصحة لصدق المساواة خصوصا مع تساوي الاجرتين لكنه مع ذلك مشكل خصوصا مع تفاوتهما كثيرا ﴿مسئلة ٧﴾ الاقوى ما هو المشهور من جريان الربوا في غير البيع من المعاوضات خلافا للحلي والعلامة فخصاه بالبيع والقرض وذلك لعموم ما دل على حرمته من العمومات وخصوص الاخبار الدالة على اشتراط المثلية في المعاملة مع اتحاد الجنس كقوله ع في صحيحة الحلبي الفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار وفي صحيح ابن ابي نصر الحنطة والشعير راسا براس لا يزداد واحد منهما على الاخر الى ان قال والدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلا بمثل لا باس به وفي خبر عبد الرحمن بعد قول السائل ايجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير لا يجوز الا مثلا بمثل وقوله ع كره علي ع ان يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر ولم يكن علي ع يكره الحلال الى غير ذلك كالخبر عن الرجل يدفع الى الطحان الطعام فيقاطعه على ان يعطي صاحبه لكل عشرة ارطال اثنى عشر رطلا دقيقا فقال ع لا فقلت الرجل يدفع السمسم الى العصار ويضمن لكل

ساع او طالا مساماة قال ع لا فان الاخبار المذكورة مطلقة ولا تخصيص فيها بالبيع
ودعوى الانصراف اليه لغلبته مم بل قد يقال ان الخبر الاخير صريح في غير البيع
فلا وجه للتمسك بالاصل في قبال هذه الاخبار ولا ينبغي الاشكال في الجريان في غير
البيع من المعاوضات كالصلح وكالمبادلة والمعاوضة من غير تعيين للبائع والمشتري كما
اذا قالا تعاوضنا او تبادلنا كذا بكذا فانها معاملة مستقلة غير البيع ولا يجري فيها
الاحكام المختصة به مثل خيار المجلس والحيوان وغير ذلك فلو قالا بادلنا هذا المن من الحنطة
بهذين المنين من الحنطة او الشعير لم يصح لانه ربوا والظاهر جريانه في الهبة المعوضة
كما اختاره المحقق في الشرايع وصاحب الجواهر لانها وان كانت هبة في مقابلة هبة الا
انها في اللب مبادلة بين الموهوبين ومقتضى هذا جريانه في الابراء بشرط الابراء كما اذا
قال ابرأتك مما لي عليك من عشرة دراهم بشرط ان تبرئني مما لك علي من عشرين درهما
الا انه يمكن ان يقال الاخبار منصرفة عن الهبة والابراء وهل يجري في التعاوض
لا بعنوان المعاوضة مثل وفاء الديون كما اذا كان عليه عشرة دراهم فيوفيه بدفع اثني عشر
درهما فانه ليس بعنوان المعاوضة الا ان المدفوع عوض عما في ذمته اذا قصد الوفاء بالمجموع
لا بالعشرة منها وهبة الزايد وكذا اذا كان عليه عشرة مؤجلا فيرضى بدفع ثمانية حالا
اذا كان القصد الى كون الثمانية وفاء عن عشرة لا عن ثمانية ويكون ابراء عن الاثنين وربما
يحتمل كونه ربوا لانه تعاوض بل في اللب معاوضة فتشمله الاخبار خصوصا اذا كان الوفاء
بغير نوع ما عليه كان كان عليه قرانات فيدفع اليه من المجيدي او بغير الجنس ايضا كما اذا
كان عليه من من الحنطة فيوفيه بمنين من الشعير قال في الجواهر في باب القرض وليعلم انه
ان كانت الزيادة التي ردها المقترض من غير شرط حكمية كالجيد بدل الردي والكبير
بدل الصغير كما صنعه النبي ص ملكها المقترض ملكا مستقرا بقبضه وكان بجميعه استيفاء
وان كانت عينية كما لو دفع اثني عشر من عليه عشرة ففي كون المجموع وفاء بناء على انه
معاوضة عما في الذمة غايته كونه متفاضلا وهو جائز بالشرط وهو عدم الشرط او يكون
الزائد بمنزلة الهبة فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه على بعض الوجوه الاتية
التفاتا الى ان الثابت انما هو مقدار الحق فالزائد تبرع خالص واحسان محض وعطية
منفردة احتمالان قد اعترف في المسالك على انه لم يقف فيه على شيء لكنه قال لعل الثاني

اوجه خصوصا مع حصول الشك في انتقال الملك قلت لكن يشكل مع عدم تعيين الوفاء منها كما انه يشكل جعله من المعاوضة عما في الذمة بناء على عموم الربا فلا ريب ان الاحوط والاقوى في الربوى تعيين الوفاء ثم هبة الزائد (انتهى) والاقوى عدم كونه ربا اذا لم يكن بعنوان المعاوضة من صلح او غيره بل كان بعنوان الوفاء بالمجموع وان كان راجعا الى التعاوض لانصراف الاخبار عنه مع انه يظهر من قوله عـ خير القرض ما جر نفعا جوازه لشموله لما كان زيادة عينية من غير شرط بل يدل عليه حسن الحلبي عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطى سوداء وزناً وقد عرف انها اثقل مما اخذ وتطيب نفسه ان يجعل له فضلها فقال عـ لا باس اذا لم يكن فيه شرط ولو وهبها كملا كان اصلح بل وكذا خبر خالد بن الحجاج المتقدم لكن مع ذلك مشكل لان الظاهر من بعض الاخبار كونه ربا ففي صحيح الحلبي قال وسئل عن الرجل يشترى الحنطة ولا يجد عند صاحبها الا شعيراً ايصلح له ان يأخذ اثنين بواحد قال لا انما اصلهما واحد وفي صحيح هشام عن الرجل يبيع الطعام الاكراد فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له خذ مني مكان قفيز قفيزين من شعير حتى تستوفي ما نقص من الكيل قال عـ لا يصلح وفي خبر قرب الاسناد سئلته عن رجل اشترى سمناً ففضل له فضل ايحل له ان يأخذ مكانه رطلا او رطلين زيت قال اذا اختلفا وتراضيا فلا باس الا ان يحمل هذه الاخبار على المبادلة لا الوفاء فتدبر ومما ذكر ظهر ان الاقوى عدم جريان الربوا في الغرامات كما اذا اتلف منا من الحنطة الجيدة فدفع الى المالك منا ونصف من الرديه فانه وان كان المدفوع غرامة عوضا عن التالف فيكون بينهما تعاوض خصوصا اذا كان المدفوع من غير صنف التالف بل او من غير جنسه كما اذا اعطى بدلاً عن المن من الحنطة منين من الشعير لكنها ليست بعنوان المعاوضة بل بعنوان الغرامة فلا باس بزيادة احدهما على الاخر خلافا للمحقق في الشرايع في باب الغصب حيث قال والذهب والفضة يضمنان بمثلهما وقال الشيخ يضمنان بنقد البلد كما لو اتلف مالا لا مثل له ولو تعذر المثل فان كان نقد البلد مخالفا للمضمون في الجنس ضمنه بالنقد وان كان من جنسه واتفق المضمون والنقد وزنا صح وان كان احدهما اكثر قوم بغير جنسه ليسلم من الربوا ولا يظن ان الربا يختص بالبيع بل هو ثابت في كل معاوضة على ربويين متفقي الجنس (انتهى) فجعل الغرامة من باب

المعاوضة ولم يفرق بينها وبين التعاوض وحكم بثبوت الربا فيها وقد عرفت الصراف الاخبار عن مثلها وكذا ظهر مما ذكرنا حال القسمة وانه لا يجري فيها الربا وان كانت تعاوضاً بين ما لكل من الشريكين في كل من الحصتين لعدم كون العنوان عنوان المعاوضة اذ عنوانها التميز بين الحقين حتى القسمة في القسمة الظاهرية كما اذا اختلطت حنطة الغير بحيث لا يكون بينهما تميز فانها ايضاً بعنوان التميز لا المعاوضة وان كانت تعاوضاً فلو كانت الشركة بالمناصفة واقتسما بالثلث والثلثين لا يكون من الربوا والحاصل ان القدر المسلم من الاخبار التعميم الى كل ما كان بعنوان المعاوضة لكن الاحوط اجرائه في كل ما يتضمن التعاوض ايضاً كالوفاء والغرامة والقسمة وكذا ظهر عدم جريانه في الاقالة اذا شرط فيها شرطاً بناء على جوازه فانه وان كان لا تجوز الاقالة بزيادة او نقصان في الثمن او المثمن الا ان الاقوى جواز اشتراط شرط لعموم المؤمنون وعدم المانع خلافاً للمشهور حيث حكموا بعدم صحة الشرط ايضاً وعلى ما قلنا من جوازه ليست معاوضة بل هي فسخ وان كانت مستلزمة للتعاوض (مسئلة ٨) بعد ما عرفت من حرمة الربوا وبطلان المعاوضة الربوية فاذا ارتكب الربوا عالماً عامداً فمقتضى القاعدة في البيع ونحوه اجراء حكم المقبوض بالعقد الفاسد على المجموع من الاصل والزيادة من وجوب رده الى صاحبه ان كان موجوداً ورد عوضه ان كان تالفاً مع كون الدافع ايضاً عالماً عامداً فانه حينئذ هو المقدم على هتك حرمة ماله فلا ضمان على المتلف او من تلف عنده وكذا الحال في القرض على ما هو المشهور من بطلانه واما على المختار من عدم بطلان اصل القرض وان الفاسد هو الزيادة المشروطة وعدم كون الشرط الفاسد مفسداً فيكفي رد الزائد مع وجوده لكن المحكي عن المشهور مع قولهم ببطلان القرض ايضاً اطلاق القول بكفاية رد الزائد من غير فرق بين البيع ونحوه وبين القرض ولا بين صورة وجود المال وبين تلفه بل عن بعضهم نفي الخلاف فيه وعن المقداد والحرکی الاجماع عليه والاصل للاية الظاهرة في صورة العلم بالحرمة وهي قوله تعالى ﴿ يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربوا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله فان تبتم فلكم رؤس اموالكم ﴾ لكن مع ذلك مشكل خصوصاً مع وجود عين المال ويمكن ان ينزل كلامهم بل الاية ايضاً على الغالب من

رضى صاحب المال برد الزيادة لان عنده ما يعادل عوض اصل المال فمع مطالبته برد اصل المال اشكل منه كما ان مع تلفه وكونه عالما بالبطلان واقدامه على دفع الزيادة يشكل مطالبة عوضها (مسئلة ٩) اذا كان صاحب المال مجهولا فمع وجوده يلحقه حكم مجهول المالك ومع تلفه وصيرورته فى الذمة يلحقه حكم المظالم ومع الجهل بمقداره الاقوى كفاية القدر المتيقن خصوصا مع كونه تالفا والاحوط المصالحة مع المالك اذا عرف ومع الحاكم اذا كان مجهولا ومع وجوده واختلاطه بماله مع معرفة المالك يصالح معه ويحتمل القرعة ومع الجهل بالقدر والمالك يجب تخميسه كما هو الحكم فى غيره من المال المختلط بالحرام وربما يحتمل عدم وجوبه هنا وكون المجموع حلالا باطلاق ما فى صحيح الحلبى ولو ان رجلا ورث من ابيه مالا وقد عرفت ان فى ذلك المال ربا ولكن قد اختلط فى التجارة بغيره حلالا كان حلالا طيبا فليأكله وفى صحيحته الاخر وان كان مختلطا فكله هنيئا وفى خبر ابى الربيع الشامى وان كان المال مختلطا فكله هنيئا مريئا فان مقتضى اطلاقها حل الجميع مع انها فى مقام البيان وهى اخص من الاخبار الدالة على وجوب الخمس فى الحلال المختلط بالحرام ويمكن الجواب بان موردها صورة الجهل بالحرمة التى سيأتى عدم وجوب الرد وكون المأخوذ حلالا وحمل ما فى الاخبار المذكورة من ايجاب الرد اذا كان معزولا ومعروفا على الاستحباب مع انها واردة فى الارث ممن كان يأخذ الربا فلا تشمل ما نحن فيه فالاقوى وجوب الخمس كساير موارد الاختلاط §

(مسئلة ١٠) اذا ارتكب الربوا وهو كافر ثم اسلم وعلم بحرمته فالظاهر الحكم بصحة معاملاته وحلية ما اخذه بعد اسلامه وعدم وجوب رده بعد اسلامه وان كان موجوداً لقوله تعالى (فمن جائه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) فانه ظاهر فى صورة الجهل والمراد من الموعظة الارشاد الى الحرمة والعلم بها او الاعم منه ومن التوبة ومن قوله فله ما سلف فله ما اخذ واكل من الربوا قبل العلم بحرمته ولقاعدة جب الاسلام ولما عن الراوندى من الخبر عن ابى جعفر ع من ادرك الاسلام وتاب مما كان عمله فى الجاهلية وضع الله عنه ما سلف فمن ارتكب الربوا بجهالة ولم يعلم ان ذلك محظور فليستغفر الله فى المستقبل وليس عليه فيما مضى شئ ومتى علم ان ذلك حرام او تمكن من علمه فكلما يحصل له من ذلك محرم عليه ويجب عليه رده الى صاحبه وعن الطبرسى

انه روى الخبر المذكور الى قوله ما سلف وكيف كان فهو ظاهر في عدم وجوب الرد وان كان موجوداً بل هو القدر المتيقن من الاخبار الآتية لكن ينبغي تقييدها بما اذا كان الدافع ايضاً كافراً واما اذا كان مسلما فنشكل لم عن المقداد وجوب رده مع وجوده والاقوى عدمه مطلقا نعم لو وقعت المعاملة حال الكفر لكن لم يقبض حتى اسلم يجز له قبضه لقوله تعالى وذروا ما بقي من الربوا ﴿ مسئلة ١١ ﴾ اذا كان المرتكب للربوا مسلما لكنه كان جاهلا بحرمته اصلا او ببعض الخصوصيات كما اذا كان جاهلا بان الحنطة والشعير جنس واحد في باب الربوا او لم يعلم باشتراط زيادة وصف في احدهما ربا او نحو ذلك بل اذا كان جاهلا بالموضوع كما باع شيئا بشيء مع الزيادة في احدهما بتخيل انه ليس من جنسه فبان انه كان من جنسه وبالجملة اذا كان جاهلا بالحكم او الموضوع فهل هو له حلال ولا يجب رده اما لصحة المعاملة مع الجهل كما هو مختار صاحب الحدائق واما تعبداً من جهة كونه معذورا على اصله يجب رده وان حاله حال العلم او يفرق بين كونه موجوداً معروفا فيجب رده وبين كونه تالفا او موجوداً مختلطا بانه غير معروف فلا يجب اقوال فعن الصدوق في المقنع والشيخ في النهاية الاول وهو المحكي عن جماعة من المتأخرين كالنافع والابي والقطيفي والدروس والاردبيلي والحدائق والرياض وعن جماعة اخرى من المتاخرين الثاني بل عن المبسوط نسبته اليهم وان الجاهل كالعالم في وجوب الرد من غير فرق بين وجود العين وتلفها وعن ابن الجنيد الثالث ويحتمل التفصيل بين الجاهل باصل الحكم والجاهل بالخصوصيات او بين الجاهل بالحكم والجاهل بالموضوع والاقوى هو القول الاول لا للاصل لانه مقطوع بالعمومات ولا لاستصحاب حال الجهل الى ما بعد المعرفة لانه من استصحاب حال العقل وهو غير صحيح ولا لسكون المتبادر من ادلة حرمة الربوا وبطلانه هو صورة العلم لانه ممنوع بل للآية الشريفة فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف الظاهرة في صورة الجهل ولا لوجه لما عن ابن ادريس في توجيه كلام الشيخ في النهاية من ان المراد من قوله تعالى فله ما سلف انه ليس عليه شيء من العقاب لبعده وكونه خلاف ما ذكره في التفسير وكذا لا وجه للاحتمال الآخر الذي ذكره ايضاً وهو كون المراد ما كان في الجاهلية من الربوا لانه خلاف ظاهر العموم وخلاف استدلال الائمة في الروايات الآتية والاخبار الكثيرة التي جملة منها صحاح منها صحيحة هشام

بن سالم عن ابي عبد الله ع عن الرجل يأكل الربوا وهو يرى انه حلال قال ع لا يضره حتى يصيبه متعمداً فهو بالمنزل الذي قال الله عز وجل ومنها صحيحة محمد بن مسلم دخل على ابي جعفر ع رجل من اهل خراسان قد عمل بالربوا حتى كثر ماله ثم انه سأل الفقهاء فقالوا ليس يقبل منك شيء الا ان ترده الى اصحابه فجاء الى ابي جعفر ع فقص عليه قصته فقال له ابو جعفر ع مخرجك من كتاب الله عز وجل فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وامره الى الله والموعظة التوبة (ومنها) ما رواه احمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن ابيه قال ان رجلا اربى دهراً من الدهر فخرج قاصداً الى ابي جعفر ع يعني الجواد ع فقال له مخرجك من كتاب الله عز وجل فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وامره الى الله والموعظة هي التوبة لجهله بتحريمه ثم معرفته به فما مضى فحلال وما بقي فليتحفظ (ومنها) صحيح الحلبي عن ابي عبد الله ع كل ربوا اكله الناس بجهالة ثم تابوا فانه يقبل منهم اذا عرف منهم التوبة وقال ع لو ان رجلا ورث من ابيه مالا وقد عرف ان في ذلك المال ربوا ولكن قد اختلط في التجارة بغيره حلالا كان حلالاً طيبا فليأكله وان عرف منه شيئا معزولا انه ربا فليأخذ رأس ماله وليرد الربوا وايما رجل افاد مالا كثيراً فيه ربوا فجهل ذلك ثم عرفه فاراد ان ينزعه فما مضى فله ويدعه فيما يستأنف (ومنها) صحيحه الآخر عنه ع اتى رجل ابي فقال اني ورثت مالا وقد علمت ان صاحبه الذي ورثته منه كان يربي وقد اعترف به واستيقن ذلك وليس يطيب لي حلاله لحال علمي به وقد سألت الفقهاء من اهل العراق واهل الحجاز فقالوا لا يحل اكله من اجل ما فيه فقال ابو جعفر ع ان كنت تعلم بان فيه مالا معروفا ربوا وتعرف اهله فخذ رأس مالك ورد ما سوى ذلك وان كان مختلطا فكله هنيئا فان المال مالك واجتنب ما كان يصنع صاحبه فان رسول الله ص قد وضع ما مضى من الربوا وحرم عليهم ما بقي فمن جهله وسع له جهله حتى يعرفه فاذا عرف تحريمه حرم عليه ووجب عليه فيه العقوبة اذا ارتكبه كما يجب على من يأكل الربوا (ومنها) خبر ابي الربيع الشامي عنه ع عن رجل اربى بجهالة ثم اراد ان يتركه فقال ع اما ما مضى فله وليتركه فيما يستقبل ثم قال ان رجلا اتى ابا جعفر ع فقال اني ورثت مالا وقد علمت ان صاحبه كان يربي الى آخر ما في الحلبي المتقدم بعينه (ومنها) الخبر الذي

ورواه قطب الراوندي عن ابي جعفر ع المذكور في المسئلة السابقة (ومنها) ماعن فقه الرضا ع قال قال ابو عبد الله ع ما خلق الله حلالا ولا حراما الا وله حد كحدود الدار فما كان من حدود الدار فهو من الدار حتى ارش الخدش فما سواه والجلدة ونصف الجلدة وان رجلا اربى دهراً من الدهر فخرج قاصداً الى ابي جعفر ع فسئله عن ذلك فقال ع له مخرجك من كتاب الله يقول الله فمن جائه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف والموعظة هي التوبة فهذه الاخبار ظاهرة الدلالة على حلية ما اخذه حال الجهل وعدم وجوب رده اما دعوى صحة المعاملة اذا وقعت حال الجهل واختصاص البطلان بصورة العلم بالحرمة حال المعاملة كما لا يبعد وعليه صاحب الحدائق واما دعوى الحلية تعبداً من جهة عذر الجهل وان كانت المعاملة باطلة ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين اقسام الجاهل ولا بين وجود المال وعدمه ولا بين كون الطرف الاخر عالما او جاهلا ولا بين صورة الاختلاط وعدمه ومافي صحيحي الحلبي وخبر ابي الربيع من رد ما عدا رأس المال اذا كان معزولا لا يحول على الاستحباب بقرينتها والاخبار بل فيها ما يدل على الحلية مطلقا فيكون قرينة على ارادة الاستحباب من الرد في صورة كونه معزولا ومعروفا ولا وجه لاشكالات صاحب الجواهر فيها من اضطرابها في الجملة وترك الاستفصال عن كون الدافع عالما او جاهلا والامر فيها بالتوبة مع عدم الذنب واشتراط الحل بالتوبة وترك الاستفصال فيها عن كونه في القرض او البيع وكونها اقداما على حل الربوا مع ورود التشديد في حرمته وغير ذلك فان الاضطراب نعم ونلتزم بعدم الفرق بين كون الدافع عالما او جاهلا وكثيراً ما يؤمر بالتوبة مع كون الشخص معذوراً بلحاظ الحرمة الواقعية ونلتزم باشتراط التوبة في الحلية وبعدم الفرق بين القرض والبيع ونحوه والتشديد في حرمة الربو مخصوص بصورة العلم والعمد فلا ينافي الحلية حال الجهل كما لا وجه لحمل الاية والاخبار على اول الاسلام وحلية ما اخذ في زمان الجاهلية بدعوى ان حرمة الربوا من الضروريات وان من ادعى من المسلمين الجهل بحرمته لا يسمع منه وذلك لانه وان كان يمكن دعويه في الاية مع قطع النظر عن الاخبار الا انه لا يمكن في الاخبار بل ولا في الاية بعد هذه الاخبار المستشهد بها فيها وكذا لا وجه لحمل بعض هذه الاخبار على صورة عدم العلم بوجود الربا في تركة الميت ثابته الامر معلومية كونه ممن ياخذ الربوا او

على اباحة الامام ع له لكونه مجهول المالك او على الشبهة الغير المحصورة كما لا يخفى وكذا الاوجه للاشكال في الاية بمعارضتها مع قوله تعالى فان تبتم فلكم رؤس اموالكم لمنع المعارضة بعد ظهور الاولى في صورة الجهل والثانية في صورة العلم كما انه لا وقع للاشكال باشتمال بعض الاخبار على تفسير الموعظة بالتوبة مع ان الظاهر ان المراد منها ورود النهي المعلوم لامكان ان يقال ان التفسير المذكور بملاحظة ان العلم بورود النهي سبب للتوبة فهو من باب اطلاق اسم المسبب على السبب وبالجملة لا وجه للاعراض عن الاخبار المذكورة بعد وضوحها في الدلالة على الحلية لاجل هذه الاشكالات والاحتمالات مع كون الاحكام الشرعية تعبدية فالاقوى جواز العمل بها وان كان الاحوط الرد الى المالك مع كونه موجودا معزولا اذا عرف مالكه بل اجراء حكم مجهول المالك عليه مع عدم معرفته خصوصا مع كونه جاهلا بالحرمة ايضا واحوط من ذلك ما ذكره المتأخرون من عدم الفرق بين الجاهل والعالم وحمل الاخبار على بعض المحامل خصوصا في الجاهل بالموضوع بل والجاهل ببعض الخصوصيات (مسئلة ١٢) اذا قلد في بعض المسائل التي اختلف العلماء في كونه ربا اولا من يقول بعدم كونه ربا فارتكبه ثم بعد موت مقلده قلد من يقول بكونه ربا فالاقوى مع قطع النظر عن صدق كونه جاهلا ودخوله في الاخبار المتقدمة حلية ما اخذه وعدم وجوب رده وان كان موجودا لان فتوى مقلده كان حكما شرعيا في حقه ولا ينقض بتقليده من يقول بالحرمة كما هو الحكم في ساير الموارد لكن بشرط ان يكون الدافع ايضا ممن يقلد ذلك المجتهد والا كانت المعاملة باطلة لاجل بطلانها من طرفه ﴿ مسئلة ١٣ ﴾ اذا ورث مالا وشك في ان مورثه كان يربي اولا لا اشكال في انه يبنى على عدمه وانه ليس عليه شيء وكذا اذا علم انه كان يربي الا انه لا يدري انه كان على وجه محرم او الحلال باعمال الحيل الشرعية فانه يبنى على الصحة وكذا اذا احتمل كونه جاهلا بحرمته بناء على ما مر من الحلية في هذه الصورة وكذا اذا علم انه كان يأخذ على الوجه المحرم لكن لم يعلم كون الربوا في ماله لاحتمال انه كان مشغول الذمة للدافع وكان يحسب من ذلك له وكذا اذا علم بأخذه على الوجه المحرم ولم يعلم بقائه في تركته لان استصحاب بقائه لا يثبت وجوده فيها اما اذا علم بوجوده في تركته معينا او غير معين ولكن يحتمل انه بعد ذلك اصلح ماله بان رد

الزايد او ارضى المالك او نحو ذلك فان كان معينا وجب عليه رده وان كان مختلطا بماله
يجري عليه حكم الاختلاط ولا ينفع في تحليله حمل امره على الصحة وان كان يعلم بعدم
بقائه في تركته ولكن شك في اشتغال ذمته بعوضه وعدمه لاحتمال انه اصلح ماله قبل
تلفه فالظاهر الحكم بالاشتغال لاصالة عدم الاصلاح وبقائه في عهدته فيكون كما لو علم ولو
علم باشتغال ذمته بعوضه وشك في بقاء شغل الذمة ووجوب تفريغها من تركته وعدمه
البقاء فيمكن ان يقال بوجوب ذلك لاستصحاب بقاء الاشتغال ويمكن ان يقال بعدمه
لان المناط في الوجوب كونه دينا على المورث متعلقا بتركته وهذا لا يثبت باستصحاب
الوارث لان الواجب عليه اداء دين المورث من التركة وهذا يتوقف على علمه به و
ثبوته بالبينة او باقرار المورث او شكه في الاداء وجريان الاستصحاب في حقه واما شك
الوارث فلا ينفع في ثبوت دين على المورث وتكليفه فالواجب وفاء تكليف المورث
وليس دينه موضوعا لتكليف عليه حتى يكفي استصحاب بقائه فيفرق بينه وبين ما اذا
نذر اعطاء درهم للفقير اذا كان فلان مديونا فان استصحاب بقاء دينه المعلوم سابقا
يكفي في وجوب اعطاء الدرهم بخلاف ما نحن فيه فان دين المورث ليس موضوعا لتكليفه
بل هو كاشف عن تكليف المورث وكونه مكلفا غير معلوم ونظير ما نحن فيه ما اذا وكله شخص
في اداء ديونه من ماله الذي بيده وكان الوكيل عالما بكون الموكل مديونا لزيد
وشك في بقائه فانه لا يجوز له استصحاب بقاء دين الموكل واداؤه من ماله لعدم علمه
وعدم ثبوته بالاستصحاب لان المناط شك الموكل لا شكه فان شك شخص لا يجدي في
الاستصحاب لاثبات تكليف شخص اخر وهذه مسئلة سيالة ويكون من قبيل ما اذا شك
الولد الاكبر في ان لوالده شيئا عليه من الصلوة او الصوم ولا شك الوارث في ان
المورث [illegible] من الخمس والزكوة او الطعام [illegible]
في المعاوي [illegible]
[illegible]

[illegible]
[illegible]
[illegible]

ان يكون له اسم خاص ولم يكن تحته قدر مشترك يسمى باسم خاص كالحنطة والتمر والزبيب والذهب والفضة ونحوها مما يكون الاقدار المشتركة التي تحتها اصنافا لها وليس لها اسم خاص بل تذكر مع الوصف فيقال الحنطة الحمراء او الصفراء او الجيدة او الردية او نحو ذلك وكذلك في بقية المذكورات وعلى ما ذكر فمثل الطعام والحب ونحوها مما يكون تحته اقدار مشتركة كالحنطة والشعير والماش والعدس لا يعد جنسا واحداً فلا يكون مثل الحنطة والماش من جنس واحد (مسئلة ١٥) اذا شك في مورد في اتحاد جنس العوضين وعدمه فالظاهر جواز المعاملة مع التفاضل فيه اذ حرمة التفاضل معلقة على الاتحاد المشكوك في تحققه الموجب للشك في حرمته فيرجع فيه الى عموم مثل احل الله البيع ودعوى ان الشبهة موضوعية ولا يجوز التمسك فيها بالعموم لان المفروض ان الشك في ان الشئ الفلاني متحد مع الاخر جنسا اولا والعام ليس متكفلا لبيان هذا كما انه اذا قال اكرم العلماء وقال ايضاً لا تكرم الفساق وشك في ان زيد العالم فاسق او عادل لا يكون قوله اكرم العلماء مبينا لانه فاسق اولا مدفوعة بمنع عدم جواز التمسك بعد ظهور العموم في جميع افراده التي منها الفرد المشتبه فلا بد من شمول حكمه له بخلاف الخاص فان المفروض عدم تحقق فرديه المشكوك له حتى يشمله حكمه بل نقول ان العام ظاهر في الفرد المعلوم خروجه ايضاً مضافا الى ان الخاص حيث انه نص او اظهر يقدم عليه ولا حاجة الى بيان ان هذا متحد مع ذلك او غير متحد او ان زيدا فاسق او عادل حتى يقال ان العام ليس متكفلا لبيان ذلك فيكفيه شمول حكمه له مع بقائه على الاشتباه ودعوى ان هذا اعما تم فيما اذا لم تكن الحلية ايضاً معلقة على عنوان الاختلاف مع انها معلقة عليه لقوله ع اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم فكما ان الحرمة معلقة على عنوان خاص فكذا الحلية فتبقى الفرد المشتبه دخوله في ايهما لا بد من الرجوع الى الاصل العملي وهو في المقام اصالة عدم ترتب الاثر على المعاملة مدفوعة بعدم منع ذلك من التمسك بالعموم اذا شك من الموافق له في الحكم لا يكون مقيداً له اذا كان منفصلا كما هو المفروض مع ان لنا ان نتمسك باصالة الحل بناء على جريانها في الحكم الوضعي كما هو الاقوى فان المراد من الحل عدم المنع تكليفا ووضعا ولذا يجرى حديث الوضع ونحوه في الجزئية والشرطية والمانعية في الشبهة الحكمية وفي نفي المانعية

في الشبهة الموضوعية وان خصصناه عن التمسك بها في الحكم الوضعي فنقول يمكن ان يقال انا نشك في ان البيع مع التفاضل بقصد ترتب الاثر عليه حلال او حرام لاجل الشبهة في الاتحاد وعدمه ومقتضى اصالة الحل وحديث الرفع حليته وعدم مانعية التفاضل واذا كان حلالا فيترتب عليه الاثر اذ المانع منه حرمته وهي مرفوعة فالشك في ترتب الاثر وعدمه مسبب عن الشك في حرمته فاذا حكم بحليته فلا مانع من ترتب الاثر فهو كما اذا شك في مايع انه خمر او خل وحكم بحليته فانه لا مانع من بيعه لانه مال حلال وكذا اذا شك في طهارة مايع ونجاسته حيث انه بعد الحكم بطهارته لقوله ع كل شيء طاهر لا يبقى مانع من بيعه وايضاً لنا ان نقول انا نشك في ان الزيادة المأخوذة بالبيع في الصورة المزبورة هل هي حلال وجائز التصرف اولا ويحكم اصالة الحل حلال ويجوز التصرف فيها وكذا الحال في امثال المقام في مسئلة النكاح عند الشك في ان المرأة اجنبية او نسبية يمكن ان يقال ان نكاحها بقصد ترتب الاثر مشكوك الحرمة والحلية ومقتضى اصالة الحل كونه حلالا ويمكن ان يقال نشك في ان وطيها بعد نكاحها هل هو حلال او حرام ومقتضى اصالة الحل حلال ويؤيده بل يدل عليه قوله ع كل شيء لك حلال الى ان قال وذلك مثل الثوب عليك ولعله سرقة او امرأتك تحتك وهي اختك او رضيعتك الى آخره نعم لو دل الدليل على ان الاختلاف شرط في صحة البيع مع التفاضل او ان كون المرأة اجنبية شرط في صحة النكاح ونحو ذلك لم يمكن التمسك به يجب احراز الشرط بل ولا يمكن التمسك بالعموم ايضاً ولا فرق فيه بين ان يكون الاتحاد ايضاً شرطاً في عدم الصحة اولا اذ يكفي في الحكم بالبطلان عدم تحقق شرط الصحة ودعوى انه يستفاد من قوله ع اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم كون الاختلاف شرطاً في صحة البيع مع التفاضل [illegible] لسان الموضوع لا لبيان الشرطية فكأنه قال في المختلف يجوز البيع بأي وجه شئتم كما ان قوله ع كل شيء يكال او يوزن فلا يصلح مثلين بمثل اذا كان من جنس واحد ايضاً كذلك فانه في قوة ان يقول في المتحد لا يجوز مثلان بمثل ففرق بين تعليق الحكم على موضوع وبين اشتراطه بشرط فالاول كان يقول الخمر حرام والخل حلال وتارة يقول لا يجوز شرب ماء نجس الا اذا كان خلافاً في الاول يجوز التمسك بالاصل عند الشك بخلاف...

الثاني فانه لابد في الحكم بالحل من احراز كونه خلا ففي المقام ايضاً فرق بين ان يقول في المختلف يجوز التفاضل وبين ان يقول يشترط في جوازه اختلاف الجنس والمفروض انه من قبيل الاول بعد كون الشرط فيه لبيان الموضوع ومما ذكرنا ظهر ما في كلام صاحب الجواهر في المقام حيث قال ان ظاهر اعتبار الاستصحاب اتحاد الجنس في الحرمة لا الحل لان الشك في الشرط شك في المشروط نعم قد يقال ان ظاهر النصوص الاشتراط في كل منهما فمع الشك يتجه الفساد لاصالة عدم ترتب الاثر وقوله ع كل شيء حلال الى اخره في غير الفرض كما يشهد به فتواهم على عدم الجريان في المشتبه من النساء بين النسبية والاجنبية وليس الا لاشتراط كل من الحل والحرمة بشرط فمع الشك يبقى اصل عدم ترتب الاثر كما يبقى مقتضى قاعدة المقدمية نعم قد يقال بالحلية لقوله ع ولعلها اخته او رضيعته والسيرة والطريقة وغيرهما فظهر ان مقتضى النصوص الفساد الا انه بملاحظة اقتصار الاصحاب الشرطية في المحرم دون غيره الحكم هو الحل انتهى ملخصا اذ فيه ان استفادة الشرطية للجواز من قوله ع اذا اختلف الجنسان بل ولعدم الجواز من قوله ع اذا كان من جنس واحد ممنوعة لما عرفت من ان القضيتين لبيان الموضوع لا لبيان الشرطية واخذ المفهوم منه على فرض الاستفادة لا حاجة في الحكم بعدم الجواز الى اصالة عدم ترتب الاثر بل يكفي فيه كونه مقتضى الشرطية ولذا اذا كان الشرط في غير المعاملات يحكم بعدم الجواز ايضاً كما اذا كان حل ماء العنب مشروطا بكونه خلا فانه لا يجوز شربه مع الشك فيه وليس يجري اصالة الحل مع انه اذا كان الاختلاف شرطا في الجواز يكفي في عدم الجواز مجرد الشك ولو لم يكن الاتحاد شرطا في عدم الجواز وايضاً منه ان الشرط اذا كان في طرف الحرمة فقط لا يجري اصل عدم ترتب الاثر بل تجري اصالة الحل مع انه لا فرق في جريان اصالة عدم ترتب الاثر بين ان يكون الشرط من طرف او طرفين هذا وان اراد من الشرط تعليق الحكم على الاختلاف والاتحاد لا اشتراط الجواز بالاختلاف وعدمه بالاتحاد فمقتضى القاعدة التمسك في الشك بعموم احل الله البيع من غير فرق بين ان يكون من طرف واحد او من طرفين بناء على جواز التمسك بالعمومات في الشبهات الموضوعية كما هو المختار بل [illegible] ايضاً في بعض الموارد كما سنذكره من اتفاقهم على [illegible] اصالة [illegible]

فى مسئلة اشتباه كون المرئة نسبية او اجنبية محل منع وعلى فرضه فيمكن ان يكون ذلك منهم من جهة استفادة اشتراط كونها اجنبية فى جواز النكاح من قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم لا من جهة اشتراط كل من الحل والحرمة بشرط مع ان ما ذكره مناف لقوله بعد ذلك لم نرتب قبال الحلية لقوله ع انما اهلها اختلف بالسيرة والطريقة وغيرهما (مسئلة ١٦) لا خلاف ولا اشكال فى جواز بيع المتجانسين من المكيل والموزون مثلا بمثل نقدا كما لا اشكال ولا خلاف فى عدم جوازه متفاضلا مطلقا نقدا ونسيئة بل وكذا لا اشكال فى عدم جوازه نسيئة مع عدم التفاضل لان الاجل زيادة موجبة للربا بل الظاهر الاجماع على عدم الجواز وما عن الخلاف من كراهته شاذ او محمول على ارادة الحرمة من الكراهة ولا يخرج عن كونه ربا بزيادة مقدار فى طرف صاحب الاجل واما فى المختلفين جنسا فلا مانع من التفاضل اذا كانت المعاملة نقداً واما اذا كانت نسيئة فلا يجوز اذا كان العوضان من النقدين لاشتراط التقابض فى المجلس فى بيع الصرف واذ كان احدهما من الاثمان والاخر من العروض فلا اشكال فى الجواز لانه نسيئة فلا يجوز ان كان الاجل للثمن وسلم ان كان للمثمن واما اذا كان كلاهما من العروض مع كونهما من المكيل والموزون كبيع الحنطة بالتمر او الزبيب مثلاً فالمشهور على الجواز وهو الاقوى للعمومات العامة والاطلاقات الخاصة كالنبوى ص اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم والموثق عن الطعام والتمر والزبيب قال لا يصلح اثنان منها بواحد الا ان تصرفه الى نوع اخر فاذا صرفته فلا باس اثنين بواحد واكثر من ذلك والموثق ايضاً كل شئ يكال او يوزن فلا يصلح مثلين بمثل اذا كان من جنس واحد فان مفهومه الجواز اذا لم يكن الجنس واحداً نقداً ونسيئة وعن جماعة من القدماء المنع لجملة من الاخبار المشتملة على قوله ع لا يصلح او يكره ولا باس مثلين بمثل يداً بيد فان مفهومه ثبوت الباس اذا لم يكن يداً بيد لكنها محمولة على الكراهة لظهور لا يصلح ويكره فيها مع ان الحرمة ان كانت من جهة الربوا فمشكل لانه مختص بالمتجانسين وان كان المراد كونها تعبدية فبعيد عن ظاهر الاخبار لان الظاهر ان كون الباس وعدم الصلاح من جهة الربا فالانسب حملها على الكراهة ويمكن حملها على التقية لان المنع مذهب العامة ويشعر بها بعض الاخبار كما ياتى فى مسئلة جواز النسيئة فى غير المكيل والموزون ﴿ مسئلة ١٧ ﴾ اذ علم اتحاد جنس العوضين وشك

في التماثل والتفاضل حكم بعدم جواز المعاملة بينهما لان المماثلة شرط فلابد من احرازه كما اذا كان لشخص عليه مقدار من الحنطة وله عليه مقدار من الحنطة او الشعير ولم يعلم قدرهما فانه يجوز ان يصالح مدله بما عليه وكذا اذا كان له صبرة من الحنطة وللاخر صبرة اخرى لا يجوز المصالحة بينهما مع الجهل بمقدارهما وكذا اذا كان من من الدقيق المختلط من جنسين مع عدم العلم بمقدار كل منهما فانه لا يجوز بيعه باحدهما الا مع العلم بزيادته عما في المختلط من جنسه لتكون في مقابله الجنس الاخر والظاهر اجماعهم على ذلك كما يظهر منهم في مسئلة بيع ما يعمل من جنسين ومسئلة بيع الاواني المصوغة من النقدين وبيع تراب الذهب والفضة (مسئلة ١٨) الحنطة والشعير في حكم الجنس الواحد في باب الربا فلا يجوز بيع احدهما بالاخر الا مثلا بمثل لا لكونهما صنفين من الطعام كما يظهر من الشرايع بل للاخبار المستفيضة التي كادت ان تكون متواترة المشتملة على جملة من الصحاح وفي بعضها التعليل بان اصلهما واحد وفي اخر ان الشعير من الحنطة وفي ثالث اصل الشعير من الحنطة والظاهر انه اشارة الى ما عن امير المؤمنين ع ان جبرئيل ع جاء بقبضة من الحنطة فقبض ادم ع على قبضة وقبضت حواء على اخرى فكلما زرع ع جاء حنطة وكلما زرعت حواء جاء شعيرا وبعد هذه الاخبار الكثيرة التي لا معارض لها لا يبقى اشكال في المسئلة ولا ينظر الى اختلافهما في الجنس عرفا واسما وصورة وشكلا ولونا وطعما وخاصية ولا الى خلاف القديمين وابن ادريس اذ لا وجه لقولهم الا ما ذكر من الاختلاف فيشملها قوله ع اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم ثم ان الحكم مختص بالربوا فلا يحكم باتحادهما في ساير الابواب كالزكوة والنذور والغرامات والاقرار وغيرها (مسئلة ١٩) مقتضى اختصاص كل من العلس والسلت باسم خاص كون كل منهما جنسا مستقلا فلا ربا بينهما ولا بين الاول والحنطة ولا بين الثاني والشعير الا ان بعض اهل اللغة ذكروا ان الاول نوع من الحنطة والثاني نوع من الشعير فان ثبت ذلك لحقهما حكمهما والا فلا (مسئلة ٢٠) التمر باصنافه جنس واحد من غير فرق بين الجيد منه والردي فلا يجوز بيع بعضها ببعض الا متساويا وفي الخبر عن ابي عبد الله ع كان علي بن ابي طالب يكره ان يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر لم يكن علي ع يكره الحلال وفي بعض الروايات التعليل بان تمر المدينة

اجود وكذا الشيء باصنافه جنس واحد وان اختلف في الشكل واللون والطعم فلا يجوز التفاضل في اصنافه بلا خلاف ففي الخبر عن ابي عبد الله ع عن العنب بالزبيب فقال ع لا يصلح الامثلا بمثل (مسئلة ٢١) الفلزات المتسعة من الذهب والفضة والصفر والحديد والرصاص والقلع وغيرها كل واحد منها جنس (مسئلة ٢٢) § الحبوب كل واحد منها جنس كالحنطة والارز والماش والعدس ونحوها نعم الحنطة والشعير في حكم الجنس الواحد وكذا كل واحد من الفواكه المختصة باسم خاص فالمشمش باقسامه جنس وكذ الخوخ صغيره وكبيره والتين اسوده واخضره والرمان حلوه وحامضه وكذا التفاح والسفرجل والليمو باقسميه جنس والاترج جنس وهكذا وكذلك الخضروات فالبطيخ باقسامه جنس والرقي جنس والخيار بقسميه جنس وكذلك البقول كل واحد منها جنس فالاسفناج جنس والكراث جنس والشبت جنس والنعناع جنس وهكذا ﴿ مسئلة ٢٣ ﴾ اللحوم مختلفة باختلاف الحيوانات فلحم الغنم جنس من غير فرق بين الضان والمعز ولحم البقر والجاموس جنس واحد كما هو كذلك في باب الزكوة فلا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا وكذا الابل عرابها وبخاتيها جنس واحد والطيور اجناس مختلفة كل واحد له اسم خاص جنس من غير فرق بين الذكر والانثى فالدجاج والديك جنس واحد والعصفور جنس وهكذا واما الحمام فقيل جميع اصنافه جنس واحد وان اختلف الاسم فالفاختة والورشان جنس واحد لكنه مشكل بل الاقوى ان كل ما يختص باسم فهو جنس وان كان الاحوط الاول والسمك جنس واحد على قول واجناس على قول اخر والجراد جنس ويظهر من المخزن ان جراد البحر نوع منه والروبيان نوع من السمك فلا مانع من بيع احدهما بالاخر متفاضلا لكن لاحوط عدم التفاضل بينهما ولا بين واحد منهما مع كل من الجراد والسمك (مسئلة ٢٤) لوحشي من كل حيوان مخالف للاهلي منه فالشاة الجبلي جنس غير الشاة لاهلي فيجوز التفاضل بين لحميها وكذا البقر الوحشي ولاهلي والحمار الوحشي ، الاهلي لكن الاحوط عدم التفاضل والغزال غير الشاة فهو جنس اخر (مسئلة ٢٥) الالبان تابعة للحيوانات في الاتحاد والاختلاف فيجوز التفاضل بين لبن البقر ولبن الغنم ولا يجوز بين لبن البقر والجاموس وهكذا والادهان تتبع

ما استخرج منه ودهن اللوز جنس غير دهن الزيت والجوز وهكذا (مسئلة ٢٦) الخل تابع لما يعمل منه فخل العسل غير خل التمر والعنب والزبيب واحد §§
(مسئلة ٢٧) الشحم غير اللحم ولو كانا من حيوان واحد فيجوز التفاضل بينهما وكذا الألية مع اللحم بل وكذا الشحم والالية وان كان الاحوط عدهما واحداً (مسئله ٢٨) الصوف والشعر والوبر تابعة للحيوان الماخوذة منه والظاهر انها اجناس على اشكال اذا كانت من حيوان واحد (مسئلة ٢٩) الظاهر ان الكرش غير اللحم وكذا القلب والكبد والامعاء والراس لكن عن الدورس ان اللحم والكبد والقلب والكرش واحد فلا يجوز التفاضل بينهما وهو مشكل مع ان المذكورات لا تباع وزناً فليست من الموزون والمكيل ﴿ مسئلة ٣٠ ﴾ لا فرق في جميع المذكورات بين الجيد والردى والصحيح والمعيب والسالم والمكسور والمصوغ وغيره وكذا لا فرق بين المطبوخ من اللحم وغير المطبوخ والنضيج من الفواكه وغيره واما الرطب واليابس فسياتي حكمها ﴿ مسئلة ٣١ ﴾ ما يعمل من جنسين اوازيد اما ان لا يخرج بذلك عن حقيقة كل من الجزئين او الاجزاء مثل الآنية المصوغة من الذهب والفضة او الصفر ومثل الشلة المعمولة من الارز والحليب والطبيخ المعمول من الارز والماش واما ان يخرج عن حقيقة كل من الجزئين او الاجزاء الى ثالث كبعض المعجونات وبعض الحلاوى وبعض المطبوخات وبعض المشروبات ففي قسم الاول يجوز بيعه بمثله وبهما وبثالث ولا يجوز بيعه باحدهما الامع كونه ازيد مما يجانسه بمقدار يكون قابلا للمقابلة الاجير بانفراده على الاحوط وان كان الاقوى جوازه وان لم يكن قابلا للمقابلة الامع الانضمام ولا يشترط العلم بمقدار كل من الجزئين او الاجزاء في صحة البيع بل يكفي العلم بمقدار المجموع مع العلم بالزيادة المزبورة وان لم يعلم مقدارها وفي المعمول من ثلثة اجزاء او ازيد يجوز بيعه بجزئين مما فيه من الاجزاء كما لا يخفى (واما القسم الثاني) فالظاهر عده جنسا مستقلا فلا يجوز بيعه بمثله متفاضلا ويجوز بثالث وبالجزئين بل بواحد ولو من غير زيادة فيه على ما يجانسه لكن الاحوط مراعاة الاحتياط بعدم بيعه باحد الجزئين او الاجزاء بلا زيادة منه على ما يجانسه وعدم بيعه بمثله متفاضلا ايضاً (مسئلة ٣٢) المشهور على ان كل جنس مع ما يتفرع عليه ويعمل منه كالجنس

الواحد فلا يجوز التفاضل بينه وبين فروعه وكذا لا يجوز التفاضل بين فروعه بعضها مع بعض فلا يجوز التفاضل بين الحنطة ودقيقها وسويقها ولا بينها وبين دقيق الشعير وسويقه كما لا يجوز بين الشعير وبينهما ولا بين الحنطة او الشعير والخبز منهما ولا بينها وبين الهريسة كما لا يجوز بين الخبز والهريسة ولا بين الارز وطبيخه ولا بين الحليب والمخيض او الجبن او الزبد او الاقط ولا بعضها مع بعض ولا بين السمسم والشيرج والراشي ولا بين التمر والدبس منه والسيلان والخل منه ولا بعضها مع بعض وكذا في العنب مع دبسه وخله وهكذا كل اصل مع فروعه وبعض الفروع مع بعض وعن كثرة الاجماع على هذه الكلية ويستدل عليها مضافا اليه بجملة من الاخبار كصحيح زرارة عن ابي جعفر ع الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلا بمثل لا باس به وموثق سماعة عن ابي عبدالله ع عن العنب بالزبيب قال لا يصلح الا مثلا بمثل قلت والرطب والتمر قال ع مثلا بمثل وخبر ابي الربيع قلت لابي عبدالله ع ما ترى في التمر والبسر الاحمر مثلا بمثل قال لا باس قلت البختج والعصير مثلا بمثل قال لا باس وصحيح زراره ومحمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام الحنطة بالدقيق مثلا بمثل لا باس به ومرسل علي بن ابراهيم المضمر وما كيل او وزن مما اصله واحد فليس لبعضه فضل كيلا بكيل او وزنا بوزن الى غير ذلك مضافا الى التعليل في نصوص اتحاد الحنطة والشعير الظاهر في التعدية الى كل اصل مع فروعه وعن الاردبيلي التأمل في هذه الكلية لعدم انطباقها على القوانين وعدم صدق الاسم الخاص على الجميع وعدم الاتحاد في الحقيقة ولذا لو حلف ان لا ياكل احدهما لا يحنث باكل الاخر ثم احتمل كونهما جنسين وجواز التفاضل بحمل الاخبار المذكورة على الكراهة ثم قال يمكن ان يكون الضابط احد الامرين من الاتحاد في الحقيقة او الاتحاد في الاسم وهذا الاول متحقق ان لم يتحقق الثاني وفيه تأمل انتهى ولعل وجه التأمل عدم تمامية ما ذكره ايضاً اذ بعض افراد الكلية لا اتحاد فيه في الحقيقة ولا في الاسم كالتمر والخل والزبد والمخيض ونحو ذلك (قلت) الانصاف عدم استفادة الكلية من الاخبار المذكورة اذ هي مختصة بمثل الحنطة والدقيق والسويق والعنب والزبيب بلا دلالة فيها على الاتحاد مثل الحليب والزبد والتمر والعنب مع الخل منهما ونحو ذلك ودعوى الاتمام بعدم القول بالفصل كما ترى والاجماع المذكور ممنوع مع ان

مثل الهريسة مركب من الحنطة وغيرها من الماء واللحم والملح كان الخل مركب من الماء والتمر والتعليل في اخبار اتحاد الحنطة والشعير لا يمكن الالتزام به اذ مقتضاه اجراء حكم الاتحاد مع استحالة شيء الى شيء اخر لا ربط له به كاستحالة التمر ملحا والصفر ذهبا او فضة والزيبق كذلك ونحو ذلك مثل استخراج الملح او غيره من بعض الاشياء ببعض الانحاء حتى بمثل القرع والانبيق ومثل استخراج القند من الشوندر وامثال ذلك مما لا يمكن التزام بعدم جواز التفاضل بينه وبين اصله فالظاهر ان التعليل المذكور حكمة او تقريب فلا يجوز الاخذ بعمومه فالاظهر عدم التعدي عن موارد الاخبار من مثل الدقيق والسويق الا الى امثالهما الاكل اصل وفرع والفرق بين تغيير صورة شيء الى شيء اخر وبين استخراج شيء من شيء او تركيب شيء مع شيء بحيث صار اشيئا ثالثا فلا يتعدى الى مثل الحليب والزبد والدهن والسمسم والخل والتمر والحنطة والهريسة اذ في الدقيق بمجرد تغير الصورة ويمكن ان يقال انه حنطة مدقوقة وفي السويق انه حنطة محروشة وفي الجبن بالنسبة الى الحليب انه حليب جامد وهكذا ولا يقال في الزبد انه حليب غيرت صورته وفي دهن السمسم انه سمسم كذلك وكذا في الخل لا يقال انه تمر او عنب او دبس او عسل بخلاف السيلان فانه يمكن ان يقال انه تمر ممرود (فتحصل) ان الاظهر التفصيل بين تغيير صورة شيء الى شيء وبين استخراج شيء من شيء او تركيب شيء من اشياء بحيث يصير اشيئا اخر وحقيقة اخرى (مسئلة ٣٣) يشترط العلم بالمساوات وعدم الزيادة في المتجانسين فلا يكفي عدم العلم بالتفاضل لان المستفاد من الاخبار اشتراط المماثلة كما مر مفصلا (مسئلة ٣٤) (الشرط الثاني) في تحقق الربوا الكيل والوزن فلا ربوا في غير المكيل والموزون كالمعدود والمذروع وما يباع بالمشاهدة كالجوز والبيض والعبد والثياب والدواب والنخيل والاشجار ونحوها فيجوز فيها التفاضل ولو مع اتحاد الجنس على الاقوى نقدا ونسيئة كما هو مذهب المشهور للعمومات والنصوص المستفيضة (منها) صحيح عبيد بن زرارة عن الصادق ع لا يكون الربوا الا فيما يكال او يوزن (ومنها) موثق منصور بن حازم عن ابي عبدالله ع عن البيضة بالبيضتين قال ع لا باس والثوب بالثوبين قال ع لا باس والفرس بالفرسين قال ع لا باس ثم قال ع كل شيء يكال او يوزن فلا يصلح

مثلين بمثل اذا كان من جنس واحد فاذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به باس اثنان بواحد (ومنها) خبره الاخر سئلته عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين قال ع لا باس مالم يكن كيلا او وزنا او نحوه خبره او خبر داود بن الحصين (ومنها) موثق سماعة عن بيع الحيوان اثنين بواحد فقال اذا سميت السن فلا باس (ومنها) صحيح زرارة عن الباقر ع البعير بالبعيرين والدابة بالدابتين يدا بيد ليس به باس وقال لا باس بالثوب بالثوبين يدا بيد ونسيئة اذا وصفتهما (ومنها) خبر البصري عن بيع الغزل بالثياب المنسوجة والغزل اكثر وزنا من الثياب فقال عليه السلام لا باس وسئله ايضا عن العبد بالعبدين والعبد بالعبد والدراهم قال عليه السلام لا باس بالحيوان كله يدا بيد ونسيئة (ومنها) خبر سعيد بن يسار عن البعير بالبعيرين يدا بيد ونسيئة فقال ع لا باس اذا سميت الاسنان جذعين او ثنيين ثم امرني فخططت على النسيئة لان الناس يقولون لا (ومنها) مرسل علي بن ابراهيم في اخره فاذا اختلف منه اي من الغزل الثياب صلح يدا بيد والثياب لا باس الثوب بالثوب ومقتضى اطلاق جملة من الاخبار المذكورة بل صريح بعضها عدم الفرق في الجواز بين النقد والنسيئة لكن عن جماعة كالقديمين والشيخين وسلار وابن حمزة وزهرة عدم الجواز في النسيئة لما في بعض الاخبار المذكورة التقييد بكونه يدا بيد كصدر صحيح زرارة وذيل خبر البصري وذيل خبر سعيد بن يسار حيث امر بالخط على النسيئة وذيل المرسلة ولكنها لا تقوم بالمعارضة الاطلاقات المذكورة مضافا الى التصريح بالجواز في بعضها فتحمل على الكراهة في النسيئة او على التقية لان التفصيل مذهب العامة كما يشعر به امره بالخط على النسيئة فلا ريب في ضعف التفصيل المزبور واضعف منه القول بثبوت الربا في المعدود ونحوه ايضا وعدم جواز التفاضل مطلقا كما حكى عن المفيد وابن الجنيد وسلار وان استدل لهم بصحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله ع عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع والبعير بالبعيرين والدابة بالدابتين فقال ع كره ذلك علي ع فنحن نكرهه الا ان يختلف الصنفان قال وسئلته عن الابل والبعير والبقر والغنم او احديهن في هذا الباب قال ع فانا نكرهه وصحيح ابن مسكان سئل الصادق ع عن الرجل يقول عاوضني بفرسي وفرسك وازيدك قال لا يصلح ولكن يقول اعطني فرسك بكذا وكذا واعطيك

فرض بكذا او كذا لانهما لا يقاومان ما تقدم مع ان القائل بهذا القول غير معلوم لان المنقول عن المذكورين التفصيل المتقدم ايضاً فلعل مرادهم صورة النسيئة وحمل الخبرين عليها وعلى اي حال لا ينبغي الاشكال في عدم جريان الربوا في غير المكيل والموزون مطلقاً بل يمكن حمل كلام المفصلين ايضاً على الكراهة فلا يكون خلاف في المسئلة

﴿مسئلة ٣٥﴾ ذكروا ان المناط في المكيل والموزون ما كان في عصر النبي ص من غير فرق بين بلده وساير البلاد اذا استقر اهلها عليه فما كان مكيلا او موزونا في عصره في جميع البلدان او كل بلد جرى فيه الربوا وان تغير بعد ذلك وما لم يكن من احدهما لا يجري فيه وان صار من احدهما بعد ذلك وعن التنقيح دعوى الاجماع على الحكمين وتصوير ذلك مع كون الحكم معلقا على العنوانين وظاهره الاختلاف بحسب الامكنة والازمان باحد وجهين «الاول» ان لا يكون الحكم معلقا على وصف المكيلية والموزونية بل بان يكون المراد الاجناس المعينة التي كانت على احد الوصفين في ذلك الزمان مثل الحنطة والشعير والماش ونحوها ومثل الجوز والبيض ونحوهما فكانه قال في الحنطة ونحوها لا يجوز التفاضل وفي البيض ونحوه يجوز «الثاني» ان يكون معلقا على الوصف لكن مقيداً بما كان كذلك في عصره قالوا واذا لم يعلم حال عصره ص فالمرجع عادة البلدان وان اختلفت فالمشهور ان لكل بلد حكم نفسه وعن جماعة كالشيخ وسلار وفخر المحققين تغليب جانب الحرمة وعن المفيد كون الحكم للاغلب ومع التساوي تغليب جانب الحرمة ﴿قلت﴾ لا دليل على ما ذكروه من كون المدار ما كان في عصر النبي ص بل الظاهر من جميع كون الحكم دائراً مدار الوصف في جميع الامكنة والازمنة بل لا اشارة فيها الى ما ذكروه اصلا ولا وجه له الا دعوى الاجماع وهو على فرض ثبوته لا اعتبار به في مقابلة هذه الاخبار مع انه لو كان كما ذكروه لزم الرجوع عند الجهل بعادة عصره ص الى الاصل وهو عدم الحرمة لان المفروض اختصاص الربوا بما كان مكيلا او موزونا في عصره وحاله غير معلوم اذ القدر المعلوم كونه موزونا في عصره ص الذهب والفضة ونحوهما والقدر المعلوم كونه مكيلا على ما ذكروه الحنطة والشعير والتمر والملح وما عدا المذكورات اما معلوم انه ليس كذلك او مجهول الحال فيكون المرجع فيه هو الاصل والعمومات بناء على التمسك بها في الشبهات المصداقية

والرجوع الى عادة البلدان فرع كون الحكم معلقا على الوصف من غير تقييد والمفروض عدمه لانه على التقدير المذكور اما ليس معلقا على الوصف او معلق عليه لكنه مقيد بما كان في زمانه ص فلا وجه لما ذكروه من ان المعتبر العرف والعادة عند عدم الشرع صرفا للخطاب الى المتعارف ورد الناس الى عاداتهم كما لا وجه لما تمسك به صاحب الجواهر من استصحاب الحال الفعلي الى زمن الخطاب وهو المعبر عنه بالاستصحاب القهقرى الذي طريق تصحيحه أن يقال ان الاصل بقاء ما كان معتادا في زمانه ص الى هذا الزمان ولازمه كون زمانه ص كما هو فعلا من اتفاق البلدان فيه على كذا او اختلافها اذ هو اصل مثبت ثم يمكن ان يقرر الاستصحاب على وجه اخر وهو ان يقال المراد من قوله ع لا تنقض اليقين بالشك عموما وخصوصا لكنه ايضا على فرض تماميته لا يخرج عن كونه مثبتا وان اراد منه اصالة تشابه الازمان فلا دليل عليها خصوصا مع عدم الظن مع ان التمسك بالاستصحاب لا يتم في صورة الاختلاف اذا علم كونه مسبوقا بالاتفاق ولم يعلم كونه على اي طرف بل في صورة الاتفاق ايضا لا يتم اذا علم كونه مسبوقا بالاختلاف ولم يعلم كيفيته ثم ان صاحب الجواهر بعد ما تمسك بالاستصحاب للرجوع الى عادة البلدان في صورة الاتفاق وعادة كل بلد مع الاختلاف ببيان طويل استشكل فيه في صورة الاختلاف وقال ثم قد يشكل ذلك بان الخارج في بلدين مثلا لا يدخل تحت اطلاق احد الخطابين لانه مصداق لكل منهما فقضية الاصل عدم حرمة الربوا وربما يؤيده خبر علي بن ابراهيم السابق حيث قال ولا ينظر فيما يكال ويوزن لا الى العامة ولا يؤخذ فيه بالخاصة الا اني لم اجد قائلا به هنا بل ولا من احتمله ويمنع مثل ذلك في الشرع اذ المعلوم منه ان الاشياء منها ما لا يصح بيعه الا بالتقدير لتوقف رفع الجهالة عليه ومثلها لا يفرق اختلاف البلدان بل لابد من الحكم بفساد فعل فاقد التقدير (ومنها) ما لا يعتبر فيه ذلك فيجوز بيعها مقدرة وبلا تقدير واختلاف البلدان في هذه بان كان المتعارف في بعضها التقدير وفي الاخر العدم غير قادح في عدم الربوا فيها لعدم اشتراط صحة بيعها بالتقدير فيجوز بيعها بدونه في بلاد التقدير فلم يتحقق شرط الربوا ودعوى امكان توقف رفع الجهالة على التقدير في بلاد دون اخرى يمكن منعها حينئذ ففروض المسئلة حينئذ لا بد وان يكون من الثاني حملا لافعال المسلمين على الصحة فلا يجرى فيه الربوا

بل احتمال ذلك فيه كاف في رفع الحرمة ولكن قد يدفع ذلك كله وغيره بالاجماع المركب ان لم يكن البسيط اذ الاقوال في المسئلة ثلثة اشهرها ما عرفت (انتهى اقول) اما الاشكال (الاول) فبعد القول بصحة التمسك بالاستصحاب في المقام لا فرق بين صورة الاتفاق والاختلاف اذ نمنع عدم امكان شمول الخطابين لصورة الاختلاف اذ لا مانع منه باحد التصويرين المتقدمين مع ان لازم ما ذكره عدم امكانه في صورة الاختلاف في عصر النبي ص ايضاً واختصاص الحكم بصورة الاتفاق والا فيكون المناط بلد النبي ص وليس كذلك على ما ذكروه واما الثاني (فاولا) نمنع عدم امكان توقف رفع الجهالة على التقدير في بلد دون اخر (وثانيا) نمنع اختصاص الربوا بما اذا كانت صحة البيع مشروطة بالتقدير بل المناط كون العادة هو التقدير او عدمه وان لم تتوقف صحة البيع عليه فلا وجه للرجوع الى حكم الحل في بلد التقدير ثم التمسك بالاجماع المركب كما ترى وايضا لا محل لحمل افعال المسلمين على الصحة في المقام لان كون رفع الجهالة موقوفا على التقدير وعدمه مما يعلم بالوجدان والتحقيق عدم صحة التمسك بالاستصحاب مطلقا فتبين انه لا وجه لما ذكروه من كون المناط عصر النبي ص وعلى تقديره لا وجه للاقوال الثلثة بل اللازم عليه الرجوع في صورة الجهل بحال عصره ص الى الاصل (ومن الغريب) ما ذكره صاحب الحدائق واسنده الى الاصحاب من ان المناط في المكيل والموزون المعتبرين في صحة البيع وعدمها ايضا ما كان في زمان الشارع ولو في غير مسئلة الربوا فما كان كذلك في زمانه يشترط في صحة البيع اعتباره وما كان يباع بلا كيل او وزن يجوز بيعه كذلك وبالعكس وان تغير بعد ذلك مع ان المناط في صحة البيع وعدمها رفع الغرر الجهالة ولا معنى لكون المدار فيه زمان الشارع والاصحاب انما ذكروا ذلك في باب الربوا لان النظر فيه الى اشتراط عدم الزيادة بخلاف مقام صحة البيع وعدمها فان المناط فيه رفع الغرر واغرب من ذلك تمسكه لذلك بان المرجع في الالفاظ عرف الشارع فالمكيل ما كان في زمان الشارع وكذا الموزون والمعدود وذلك لانه لا اشكال في معنى لفظ المكيل والموزون حتى يرجع فيه الى عرف الشارع وهذا واضح جداً وبالجملة فمناط صحة البيع غير مناط الربوا ولذا قد يختلفان فلا يصح البيع الا بالتقدير ولا يجرى حكم الربوا وقد يصح البيع بدونه ومع ذلك يجرى حكم الربوا (مسئلة ٣٦) المناط في المكيل والموزون

مع اختلاف البلدان عادة البلد بمعنى بلد العوضين لا عادة اهله اذا كان في بلد اخر ولا عادة بلد اجراء الصيغة مع كون العوضين في بلد اخر (مسئلة ٣٧) اذا كان احد العوضين مما يكال والاخر مما يوزن فلا مانع من بيع احدهما بالاخر ان يكال ما يكال ويوزن ما يوزن اذا اختلفا جنسا واما مع اتحاده كما اذا كانا فرعين من اصل واحد فلا يصح لاحتمال الزيادة الغير المغتفرة لانه لا يصدق التساوي لا في الكيل ولا في الوزن (مسئلة ٣٨) الظاهر ان المناط في كون الشيء من المكيل والموزون وعدمه نوعه عند نوع اهل البلد كما في مرسل علي بن ابراهيم لا ينظر فيما يكال او يوزن الا الى العامة ولا يؤخذ فيه بالخاصة فلو كان من غيرهما لكن اتفق بيعه بالوزن كما اذا بيع بالوزن مع كونه من المعدود لا يلحقه حكم الربوا وكذا اذا كان من احدهما عند نوع اهل البلد لكن كان بعض اهله يبيعون بالمشاهدة فانه يجري فيه الربوا وكذا اذا كان نوعه من احدهما لكن في القليل منه كالحبة والحبتين من الحنطة مثلا يباع بالمشاهدة وكما في بعض العقاقير والادوية حيث ان المتعارف عدم وزنها في القليل منها فانها وان كانت من الموزون يجري فيها حكم الربوا وكذا اذا كان كثيره يباع مشاهدة كزبرة الحديد ونحوها (مسئلة ٣٩) اذا كان الجنس مما لا يكال ولا يوزن ولكن صنف من اصنافه لا يباع الا وزنا كالطين فانه ليس من الموزون لكن الارمني منه يباع وزنا فالظاهر ان في ذلك الصنف يجري حكم الربوا (مسئلة ٤٠) اذا كان الشيء مختلفا بحسب الاحوال فالظاهر اختلافه باختلافها كما في التمر فانه موزون اذا كان بعد القص ويباع مشاهدة اذا كان على النخل وكذا الثمار سائر الاشجار فلا يجري الربوا اذا بيعت على النخل او الاشجار واما اذا كان مختلفا بحسب نوع المعاملة فلا يختلف حكمه كما اذا قلنا بصحة الصلح بالمشاهدة في مثل الحنطة والشعير فانه يجري فيه الربوا وان وقعت المصالحة بدونهما وكما في مثل السلم اذا كان المبيع من غير المكيل والموزون نوعا فان فيه يجب التعيين بالكيل او الوزن لاعتبار الضبط فيه فانه لا يجري فيه الربوا وان كان اللازم كيله او وزنه تصحيحا للبيع (مسئلة ٤١) اذا كان جنس يباع بكل من الوزن والعد فالاحوط فيه عدم التفاضل اذا بيع بالوزن بل الاحوط ذلك وان بيع عدداً (مسئلة ٤٢) اذا كان الفرع من المكيل والموزون واصله من غيرهما لا يجوز التفاضل فيه كما في دهن الجوز فانه موزون

واصله وهو الجوز معدود وفي العكس يجوز التفاضل كالثياب فانها مذروع واصلها وهو الغزل والقطن من الموزون ﴿ مسئلة ٤٣ ﴾ اختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً وبالعكس والكلام تارة في مقام صحة البيع من حيث توقفها على العلم بمقدار العوضين ورفع الغرر والجهالة وتارة من حيث الربوا فيما كانا من جنس واحد (امامن الحيثية) الاولى ففي المسئلة اقوال ثالثها جوازبيع المكيل وزناً دون العكس والاقوى ان المناط حصول العلم بالمقدار ورفع الغرر فان حصل صح والافلا والظاهر عدم حصوله بكيل الموزون اذ هو فيما تعارف وزنه بمنزلة الصخرة المجهولة المقدار نعم اذا كان الكيل امارة على الوزن بحيث يعلم به المقدار فالظاهر كفايته كما اذا وزن مقداراً وكاله ثم اخذ بذلك الكيل للبقية كما يظهر من رواية عبدالملك بن عمرو قلت اشترى مائة راويه فاعترض راويه او اثنتين فاتزنهما ثم اخذ سائره على قدر ذلك قال ع لا باس كما انه لا يبعد كفاية التخمين الموجب للعلم ايضاً واما العكس فالظاهر انه لا مانع منه بناءً على ان الوزن اضبط من الكيل نعم لو كان المقصود من شئ حجمه لا وزنه يشكل الاكتفاء فيه بالوزن لعدم رفع الغرر به فماعن الدروس من كفاية كل منهما عن الاخر مطلقاً لا وجه له واستدلاله بخبر وهب وهو قوله ع لا باس بالسلف مايوزن فيما يكال ومايكال فيما يوزن غير صحيح اذ المراد من الخبر اسلاف الموزون فيما يكال وبالعكس لا اعمال احدهما في موضع الاخر كما ان ماعن المشهور من اطلاق كفاية الوزن عن الكيل ليس في محله ايضاً واما ماتخيله بعضهم من ان المناط ماكان في عصر النبي ص وانه لو كان مكيلا او موزوناً وجب ذلك في الاعصار اللاحقة وان تغير ذلك وكذا العكس فقد عرفت مافيه (واما من الحيثية الثانية) فعن جماعة منهم الشيخ وابن ادريس والعلامة عدم جواز البيع في المتجانسين الا بما هو المتعارف من المكيل او الموزون لاستلزامه الربوا من جهة اختلاف التقديرين بالزيادة والنقصان وهذا وان كان يلزم على تقدير البيع بالمتعارف ايضاً من حيث انه اذا بيع بالوزن متساوياً يكون بالكيل متفاوتاً وبالعكس الا ان هذا التفاوت مغتفر وماذون فيه بخلاف ما اذا بيع بالتقدير الاخر لانه غير ماذون فيه ويظهر من المسالك جوازه حيث انه استظهره من الشرايع واستجوده حيث قال بعد قوله فيجوز بيع المتجانس

بمثله وزنا بوزن نقداً ولا يجوز مع الزيادة هذا اذا كان اصلهما الوزن اما لو كان اصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزنا خاصة نظر من كون الوزن اضبط حتى قيل انه اصل الكيل ومن ورود الشرع والعرف بالكيل فلا يعتبر بغيره وظاهر كلام المصنف اختيار الاول وهو متجه مل نقل بعضهم الاجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزنا مع الاجماع على كونهما مكيلين في عهده انتهى والاقوى كون هذه المسئله تابعة للمسئلة الاولى فان قلنا فيها بكفاية احدهما في موضع الاخرى صحة البيع نقول بجوازه هنا ايضا ولا تضر الزيادة المحتملة او المعلومة لصدق المساواة فهو مثل ما اذا كان المتعارف بيعه بكل من التقديرين فانه يكفى المساواة باى من التقديرين بيع فكذا هنا وظهر مما ذكرنا حال ما اذا كان العوضان من جنس واحد وكان احدهما مكيلا والاخر موزونا فانه يجوز البيع بهما ان ارتفع الغرر بكل منهما ولا يجوز باحدهما ان لم يرتفع الغرر به وان لم يرتفع بواحد منهما لم يجز البيع الا بنحو اخر (مسئلة ٤٤) المشهور على انه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان وعن الخلاف والغنية الاجماع عليه وعن ابن ادريس الجواز ووافقه جماعة ممن تأخر عنه كالمحقق في النافع والفاضل في التحرير والتذكرة والارشاد والشهيد في الحواشى والروضة والمسالك والابى والخراسانى والكاشانى والمشهور اختصاص المنع بما اذا كان اللحم من جنس ذلك الحيوان كلحم الغنم بالغنم وانه لا مانع اذا كان من غير جنسه لكن عن جماعة كالغنية والنهاية والمراسم والقاضى اطلاق في المنع والظاهر ان محل الكلام هو الحيوان الحى لكن مقتضى ما عن جماعة من التفصيل بين الحى والمذبوح والمنع في الثانى دون الاول كونه اعم وعن مجمع البرهان كونه في خصوص المذبوح ثم الظاهر عدم الفرق بين جعل الحيوان ثمناً او مثمناً فان الاكثر وان عبروا بانه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان الا ان جماعة عبروا بانه لا يجوز بيع الحيوان باللحم واستدل على اصل الحكم مضافا الى الاجماعين بالنبوى العامى نهى النبى ص عن بيع اللحم بالحيوان وبموثق غياث بن ابراهيم عن الصادق ع ان امير المومنين ع كره بيع اللحم بالحيوان بناء على كونه ع لا يكره الا الحرام كما في بعض الاخبار وظاهر المشهور ان ذلك من جهة الربوا مع ان الخبرين لا دلالة فيهما على ذلك مع ان الظاهر ان المراد هو الحى وليس من الموزون وان كان اعم فلا يتم في الحى بل يمكن منع كون المذبوح مما يوزن اذا

بيع جملة من دون تفريق اللحم وايضاً هو مشتمل على الشحم والالية والكبد والكرش والرأس ونحوها مما الاتباع وزناً وليست من جنس اللحم فلا وجه لكون المنع من جهة الربوا ولذا عن بعضهم التعليل بالجهالة فالاظهر ان المنع ان قلنا به فهو تعبد لا من جهة الربوا ولا يختص بما اذا كان اللحم من جنس الحيوان والاقوى عدم الحرمة نعم لا باس بالحكم بالكراهة اما بحمل الخبرين عليها واما من باب التسامح وذلك لان النبوي ص عامي ضعيف ولم يثبت كون غياث موثقا وهو بترى مع انه يحتمل ان يكون المراد من الخبرين النهي عن بيع اللحم بالحيوان سلفا او بيع الحيوان باللحم نسيئة ويكون وجه المنع هو الجهالة لعدم امكان ضبط اللحم المختلف باختلاف الحيوان زمانا ومن حيث السمن والهزال ونحو ذلك ولذا يقولون لا يجوز بيع اللحم سلفا او نسيئة فالنظر في الخبرين الى ما هو المتعارف من دفع الغنم الى القصاب بمقدار من اللحم يؤخذ منه تدريجا فانه لا يجوز ومع ذلك كله فالاحوط الترك مطلقا خصوصا في المذبوح وخصوصا مع كون اللحم من جنس الحيوان حتى في مثل الطيور والسمك وان كان لا يبعد دعوى الانصراف عنهما ﴿ مسئلة ٤٥ ﴾ اذا باع حنطة فيها شيء من التراب او عقد التبن او نحوها بحنطة خالصة فان كان الخليط يسيرا يتسامح فيه نوعا لا باس به لصدق المساواة عرفا وان كان كثيرا لا يتسامح به فان لم يكن له قيمة فلا يجوز ولا باس به اذا كان له قيمة لان الخليط يقابل الزايد من الخالص وكذا اذا كانتا معا مشتملتين على الخليط لانصراف كل الى ما يقابله من الخالص واما اذا كانتا مشتملتين على ما لا قيمة له فان علم قدره وكانتا متساويتين في مقدار الخليط فلا مانع منه والا فلا يجوز كما انه اذا لم يعلم مقداره ايضاً لا يجوز لاشتراط العلم بالتساوي كما مر ﴿ مسئلة ٤٦ ﴾ اختلفوا في جواز بيع الرطب بالتمر بل كل رطب بيابس من جنسه كالفواكه الرطبة من الخوخ والمشمش ونحوهما باليابسة منها او كالحنطة المبلولة بالجافة منها او اللحم الطرى بالمقدد ونحوهما على اقوال ﴿ احدها ﴾ عدم الجواز في الجميع مطلقا لا متساويا ولا متفاضلا سواء كانت البلة ذاتية كالعنب والرطب او عرضية كالحنطة المبلولة والسويق المبلول ونحوها وهو المحكي عن جماعة كثيرين بل عن كرمانه المشهور واستدلوا عليه بجملة من الاخبار المانعة عن بيع الرطب بالتمر المشتملة على التعليل بانه ينقص اذا جف كالنبوي ص سئل عن بيع الرطب بالتمر

فقال اينقص اذا جف فقيل له نعم فقال ص لا اذن وصحيح الحلبي عن الصادق ع لا يصلح التمر اليابس بالرطب من اجل ان اليابس يابس والرطب رطب فاذا يبس نقص ونحوه خبر داود بن سرحان وخبر محمد بن قيس عن الباقر ع ان امير المؤمنين ع كره ان يباع التمر بالرطب عاجلا مثلا بمثل كيله الى اجل من اجل ان الرطب ييبس فينقص من كيله وخبره اود الابزارى عن ابي عبد الله ع قال سمعته يقول لا يصلح التمر بالرطب التمر يابس والرطب رطب فان مقتضى عموم التعليل فيها عموم المنع بل مقتضاها الشمول لما اذا كانا رطبين مع كون احدهما ارطب من الآخر (الثاني) المنع في خصوص الرطب والتمر والجواز في غيرها عملا بالاخبار المذكورة من دون التعدي عن مورد العلة فالمنع فيهما هو المشهور بل المدعى عليه الاجماع عن الخلاف والغنية بل لا خلاف في المنع فيهما الا ممن سيأتي (الثالث) ما عن موضع من المبسوط من التفصيل فيما عدى الرطب والتمر بين كون الرطوبة ذاتية فيجوز كبيع العنب بالزبيب وعرضية كالحنطة المبلولة بالجافة فلا يجوز لان الرطوبة في مثل العنب من اجزائه فيصدق كونه مثلا بمثل بخلاف العرضية فانها خارجة فلا تصدق المماثلة بين الموضعين (الرابع) الجواز حتى في الرطب والتمر على كراهة وهو المحكي عن الشيخ في الاستبصار وموضع من المبسوط وعن ابن ادريس وصاحب الكفاية والحدايق وهذا هو الاقوى للاصل والعمومات العامة والاطلاقات الخاصة فان الاخبار الدالة على جواز البيع مع اتحاد الجنس مثلا بمثل شاملة باطلاقها لما كان احدهما رطبا والآخر يابسا او كان احدهما ارطب من الآخر فان المدار في المماثلة على حال البيع والاخبار المذكورة لا ظهور لها في المنع بل قوله لا يصلح ظاهر في الكراهة كما ان لفظ كره ظاهر في الكراهة المصطلحة ولا ينافي ذلك ما ورد في بعض الاخبار من ان عليا لا يكره الحلال اذ غايته ما يكون عاما يقبل التخصيص مع ان خبر محمد بن قيس في صورة النسيئة ولا اشكال في عدم الجواز فيها هذا مضافا الى موثقة سماعة قال سئل ابو عبد الله عن العنب بالزبيب قال لا يصلح الا مثلا بمثل قلت التمر والرطب قال مثلا بمثل وخبر ابي الربيع عن ابي عبد الله ع ما ترى في التمر والبسر الاحمر مثلا بمثل قال ع لا بأس قلت فالبختج والعنب والعصير مثلا بمثل قال لا بأس فمع الاغماض عن ظهور الاخبار المذكورة في الكراهة مقتضى الجمع بينهما وبين هذين الخبرين ذلك والجمع بدلالى

مقدم على الترجيح السندى فلا وجه للقول بان هذين الخبرين لا مقاومة لهما مع الاخبار المذكورة كما لا وجه لدعوى احتمال او ظهور كون المراد من المماثلة في الخبرين المماثلة بوضع الرطوبة واليبوسة وكذا لا وجه لاحتمال حمل العنب والزبيب في الموثق على عنب يابس وزبيب رطب وكون التفاوت يسيرا غير قادح ولا وجه ايضاً لاحتمال كون المراد من قوله ع مثلا بمثل العنب بالعنب والزبيب بالزبيب ولعمري ان طرح الخبر اهون من حمله على هذه المحامل ثم الظاهر من التعليل على فرض العمل بعمومه ان المناط في المنع هو النقص الحاصل في احد العوضين بعد البيع سواء كان بالجفاف والتجفيف بل او بالرطوبة واليبوسة او بغير ذلك فلازمه عدم جواز بيع الحليب بالجبن او الاقط مثلا بمثل لانه اذا جعل جبنا او اقطاً ينقص وكذا بيع التمر او العنب بالدبس مثلا لانهما ينقصان بجعلهما دبسا بل وكذا بيع الحنطة و الشعير بالسويق وزنا لانهما ينقصان بذلك وكذا في امثال المذكورات مع انهم لا يلتزمون فيها بالمنع وكذا اذا فرض زيادة احد العوضين على حاله بعد البيع مع عدم حصول النقص في الاخر فان اللازم من التعليل عدم جواز بيع احدهما بالآخر مع ان الظاهر عدم التزامهم به فلا يمكن العمل بعموم العلة فلا بأس بجعله مناطا في الكراهة او حكمة في الحكم في خصوص المورد وكيف كان فالاقوى ما ذكرنا من الجواز مطلقا ﴿مسئلة ٤٧﴾ اذا باع رطبا بمثله فضولا واجاز المالك بعد جفاف احدهما ونقصه مع بقاء الاخر رطبا فهل يصح ام لا مبنى على الكشف والنقل (مسئلة ٤٨) اذا زاد احد المتجانسين على الاخر وضم الى الطرف الناقص ضميمة من جنس اخر كما اذا باع مدا من الحنطة ودرهما بمدين او بدرهمين او ضم لكل من الطرفين جنس اخر كما اذا باع مدا ودرهما بمدين ودرهمين صح البيع وخرج عن كونه ربويا اذ في الصورة الاولى تكون الزيادة في مقابل الضميمة وفي الثانية يكون كل جنس في مقابل ما يخالفه حكماً تعبدا وان لم يكن كذلك عرفا وفي قصد المتعاملين وهذا حيلة شرعية للفرار من الربوا ولم يلزم ان تكون الزيادة بمقدار له مالية صالحة للعوضية وكذا الضميمة وان كان التفاوت بينهما باضعاف القيمة ويدل عليه مضافا الى الاجماع بقسمية النصوص المستفيضة (منها) الصحيح عن ابي عبد الله ع قلت له اشترى الف درهم ودينار بالفي درهم فقال ع

لاباس بذلك ان ابي كان اجرى على اهل المدينة مني وكان يقول هذا فيقولون انما هذا الفرار لو جاء رجل بدينار لم يعط الف درهم ولو جاء بالف درهم لم يعط الف دينار وكان يقول لهم نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال وفي اخر عنه ع قال كان محمد بن المنكدر يقول لابي جعفر ع يا ابا جعفر رحمك الله والله انا نعلم انك لو اخذت دينارا والصرف ثمانية عشر فدرت المدينة على ان تجد من يعطيك عشرين ما وجدته وما هذا الا فرار وكان ابي يقول صدقت والله ولكنه فرار من الباطل الى حق (وفي ثالث) عنه ع ايضا لاباس بالف درهم ودرهم بالف درهم ودينارين اذا دخل فيها ديناران او اقل او اكثر فلاباس الى غير ذلك وظاهرها كما ترى انصراف كل جنس الى مخالفه كانه اذا كانت الزيادة في احدهما تصرف الى الجنس المخالف في الطرف الاخر لكنه خلاف قصد المتعاقدين وخلاف العرف فان مقتضاه مقابلة كل جزء من المثمن بجزء من الثمن بحسب القيمة فهو تنزيل تعبدي بالنسبة الى خصوص الربوا والفرار منه لا بالنسبة الى ساير الاحكام فاذا كانا مالكين لا يكون لكل منهما ما يخالف جنسه بل على حسب الحكم العرفي وكذا بالنسبة الى حكم الصرف فلو باع فضة ونحاسا بفضة ونحاس لا يخرج عن حكم الصرف من حيث لزوم القبض في المجلس بدعوى ان المقابلة بين الفضة والنحاس فلا يكون من الصرف (واما ما قد يقال) من ان الخروج عن الربوا بضم الضميمة من الطرفين او في احدهما ليس من باب التعبد بل هو بمقتضى القاعدة وان الشارع نبه عليه وذلك لان المجموع في مقابل المجموع وكلاهما جنسان فلا يصدق التفاضل في جنس واحد لان اجزاء الثمن مقابلة لاجزاء المثمن من الاشاعة فلا تفاضل في الجنس الواحد لانضمام جزء آخر معه ففيه ما لا يخفى فانه في صورة المجموع يلزم التفاضل في جنس واحد مثلا اذا باع مدا ودرهما بمدين ودرهمين يكون في مقابل كل من المد والدرهم [illegible] ازيد من مقداره من جنسه وكذا اذا باع مدا ودرهما بمدين [illegible] وكان [illegible] نصف درهم قيمة فان المقابل للدرهم ثلثان من المدين [illegible] قيمة يكون المقابل له ثلث [illegible] ايضا [illegible] ويوامع [illegible] لا يتكن لا التزامه (مسئلة ٤٩) اذا [illegible] عن الربوا [illegible]

من تمر قيمته درهم بدرهمين ومدين فخرج المد مستحقاً للغير او باع درهماً ومداً بدرهمين مع كون المد يسوى نصف درهم فخرج المد مستحقاً للغير بطل الربوا بل يكشف عن كونه باطلاً من الاول وان لم يكن التقسيط موجباً للربوا كما اذا باع درهماً ومداً بدرهمين فخرج المد مستحقاً للغير وكان يسوى درهماً فالبيع بالنسبة الى الدرهم صحيح لانه في قبال درهم واما اذا تلفت الضميمة قبل القبض وكان التقسيط مستلزماً للربوا فهل البيع باطل كما قد يقال للزوم الربوا بعد التقسيط او صحيح يكون الباقي في مقابل ما يخالفه على ما مر من ان كل جنس ينصرف الى ما يخالفه كما احتمله سيد الرياض ومال اليه المحقق والشهيد الثانيان على ما حكى او صحيح ويعتبر التقسيط على وجه لا يستلزم الربوا صيانة للعقد عن الفساد مهما امكن كما استجوده سيد الرياض وذلك بان يجعل فيما اذا باع مداً ودرهماً بمدين ودرهمين وتلف الدرهم نصف الدرهم التالف في مقابل مثله من الثمن ونصفه الاخر في مقابل مد ونصف من الثمن فيكون نصف المد في مقابل نصف المد والنصف الاخر في مقابل درهم ونصف وحينئذ فيكون المد في مقابل ما يساوي درهمين من الجنس معاً او صحيح على التقسيط بحسب القاعدة وان استلزم الزيادة لان المتيقن من الادلة حرمة الزيادة في نفس العقد لا المتجدد بعده والمفروض ان العقد وقع صحيحاً من الاول والانفساخ بالتلف قبل القبض من حينه فلا يضر حصول الزيادة بعد العقد كما اختاره صاحب الجواهر وحكاه عن السيد العميد وجوه واقوال اقويها الاخير لما ذكر وظهر منه عدم صحة القول الاول كما ظهر سابقاً عدم صحة الوجه الثاني من ان الانصراف الى المخالف انما هو بالنسبة الى خصوص الربو لا في جريان ساير الاحكام (واما الثالث) ففيه (اولا) انه لا دليل على لزوم صون العقد عن الفساد بما هو خلاف مقتضى القاعدة فان التقسيط على الوجه المذكور خلاف قصد المتعاقدين وخلاف مقتضى المقابلة (وثانيا) لا ينحصر التقسيط على وجه لا يلزم الربوا فيما ذكر بل يمكن بوجوه اخر مثل ان يقال في الصورة المفروضة اذا كان التالف هو الدرهم يجعل ثلثه في مقابل ثلث درهم من الثمن وثلثاه في مقابل مد وثلثين ويجعل ثلث المد من المبيع في مقابل ثلثه من الثمن وثلثاه في مقابل درهم وثلثين ونحو ذلك ولا مرجح لبعضها على بعض مع ان المشتري يستحق بعد تلف الدرهم نصف كل من الدرهمين والمدين وهو درهم ومد فلا

وجه لالزامه باخذ نصف مد ودرهم ونصف وان كانا سواء بحسب القيمة فيحتاج الى تراضيهما على ذلك او على احد الوجوه الاخر بل فلا يتم مع عدم رضاهما ولا وجه لاحتمال الرجوع الى القرعة حينئذ او تخيير الحاكم او البايع أو المشتري بل مع التراضي ايضا مشكل ويحتاج الى معاملة جديده (مسئلة ٥٠) المشهور انه لا ربوا بين الوالد وولده فيجوز لكل منهما ان ياخذ الفضل من الاخر وكذا بين المولى ومملوكه وبين الرجل وزوجته وبين المسلم والحربي اذا اخذ المسلم الفضل ولا خلاف الا من المرتضى في بعض اجوبة مسائله حاملا للاخبار الاتيه على الامر والنهي كما في قوله تعالى لا رفث ولا فسوق وفي مثل العاريه مردودة والزعيم غارم ونحوها لكنه رجع عن ذلك وادعى الاجماع على ما هو المشهور ونقل عن الاردبيلي انه استشكل في الحكم لضعف الاخبار وعدم ظهور الاجماع وكذا عن الكفايه ايضا الا اذا ثبت الاجماع وعن ابن الجنيد انه خص في الوالد والولد بما اذا اخذ الوالد الفضل مع عدم الوارث للولد وعدم كونه مديونا والاقوى المشهور للاخبار المتعضدة بالاجماع المنقول عن المرتضى وابن زهره وغيرهما (منها) عن زراره ومحمد بن مسلم عن ابي جعفر ع قال ليس بين الرجل وولده ولا بينه وبين مملوكه ولا بينه وبين اهله ربوا انما الربوا فيما بينك وبين ما لا تملك (قلت) فالمشركون بيني وبينهم ربا قال ع نعم قلت فانهم مماليك فقال ع نعم وانك لست تملكهم انما تملكهم مع غيرك انت وغيرك فيهم سواء والذي بينك وبينهم ليس من ذلك لان عبدك ليس مثل عبدك عبد وغيرك (ومنها) ما عن عمرو بن جميع على عن ابي عبدالله ع قال قال امير المؤمنين ع ليس بين الرجل وولده ربا وليس بين السيد وعبده ربا (ومنها) المرسل قال الصادق ع ليس بين المسلم وبين الذمي ربا ولا بين المرأة وزوجها ربا (ومنها) ما عن النبي ص ليس بيننا وبين اهل حربنا ربا ناخذ منهم الف درهم بدرهم ولا نعطيهم (ومنها) على بن جعفر ع سئل اخاه ع عن رجل اعطى عبده عشرة دراهم على ان يؤدي العبد كل شهر عشرة دراهم ايحل ذلك قال لا باس (ومنها) في الفقه الرضوي ع وليس بين الوالد وولده ربا ولا بين الزوج والمراة ولا بين المولى والعبد ولا بين المسلم والذمي فلا ينبغي الاشكال في اصل الحكم لان الغالب من هذه الاخبار وان كان ضعيفا الا انها منجبرة بالشهرة والاجماعات المنقولة ولا فرق بين ربا المعاوضة وربا القرض §§

(مسئلة ٥١) الحكم مخصوص بالاب فلا يشمل الام فيثبت الربا بينهما وبين الولد ولا فرق فى الولد بين الذكر والانثى والخنثى على الاقوى وان كان الاحوط الاقتصار على الذكر كان الاقوى شموله لولد الولد والاحوط الاقتصار ولا يشمل الولد الرضاعى وان احتمله بعضهم وفى شموله للولد من الزنا اشكال واذا كان المال مشتركا بين الوالد وغيره فباعاه من الواحد منهما متفاضلا يمضى بالنسبة الى حصة الوالد ويبطل بالنسبة الى حصة الشريك وكذا اذا كان مشتركا بين الولد والاجنبى فباعاه من والده (مسئلة ٥٢) لا فرق فى المملوك بين القن والمدبر وام الولد والمكاتب وان استشكل بعضهم فى شموله للاخير كما ان شموله لام الولد مبنى على عدم الفرق بين العبد والامة كما هو الظاهر كما ان الظاهر عدم الفرق بين كون المالك رجلا او امرأة وان كان الاحوط الاقتصار على الاول وفى شموله للعبد المشترك بين مالكين اشكال وكذا فى العبد المبعض بان يكون بعضه رقا وبعضه حرا من صدق المولى والعبد بالنسبة الى كل من الشريكين فى الاول وصدق المولى والعبد بالنسبة الى جزء الرق ومن خبر زرارة ومحمد بن مسلم حيث يستفاد منه ثبوت الربوا فى المملوك المشترك الا ان يقال المراد منه الاشتراك الجنسى الذى هو بين المسلمين لا مثل المشترك بين شخصين او بين نفسه وغيره والاحوط الثبوت اخذا بالقدر المتيقن من الخارج عن عموم حرمة الربوا (مسئلة ٥٣) المشهور عدم الفرق فى الزوجة بين الدائمة والمتمتع بها لصدق الزوجة والاهل وعن جماعة الاختصاص بالدائمة لمنع الصدق او الانصراف عن المتمتع بها خصوصا اذا كانت المدة قليلة ولا يبعد التفصيل بين ما اذا اتخذها اهلا اتخاذ الزوجة الدائمة وغيرها اما المطلقة رجعية فالظاهر احتسابها اجنبية فلا يلحقها الحكم (مسئلة ٥٤) المراد من عدم الربوا بين المسلم والحربى جواز الاخذ منه لا جواز الاعطاء ايضاً لما مر فى الخبر وصرح به جماعة وان اطلق بعضهم بل عن ابن البراج جواز الامرين مثل ساير المذكورين ولا وجه بعد تخصيص الخبر بالاخذ منه دون الاعطاء ومقتضى اطلاق الخبر عدم الفرق بين كونه فى دار الاسلام اولا وكذا عدم الفرق بين المعاهد وغيره لكن خص بعضهم الحكم بغير المعاهد لاحترام ماله وفيه انه لا ينافى جواز الاخذ منه برضاه نعم ربما يجمع بين قوله ص ليس بيننا وبين اهل حرب ربا وبين خبر زرارة ومحمد حيث دل على ثبوت الربوا بين المسلم والمشركين بحمل الاول على غير المعاهد والثانى

على المعاهد لكنه لاشاهد عليه فالاولى ان يقال القدر المتيقن هو غير المعاهد بعد المعارضة بين الخبرين (مسئله ٥٥) المشهور ثبوت الربا بين المسلم والذمي لعمومات وضعف الرواية النافية وعدم الجابر وعن جماعة انه كالحربي فيجوز الاخذ منه والاحوط ماعليه المشهور (مسئله ٥٦) الاسكناس معدود من جنس غير النقدين له قيمة معينة ولا يجري عليه حكمهما فيجوز بيع بعضه ببعض اوبالنقدين متفاضلا وكذا لا يجري عليه حكم الصرف من وجوب القبض في المجلس وكذا النوط وهذا بخلاف البرات فانها مثل السند علامة وليست جنسا له قيمة فلا يجوز بيع ورقة البرات بالنقد اوببرات اخرى بل انما يباع النقد المذكور فيها ولا يجوز التفاضل اذا بيع بجنسه واما القران والمنكنة والمجيدي ونحوها من النقود فهي من الموزون وان تداول بيعها عدداً لان ذلك من حيث كون العدد امارة على الوزن المعين ولذا اذا كانت ناقصة لاتوخذ فلا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لم يمكن ان يقال انه ماف مثل المجيدي من الخليط يقابل بل القدر الزائد في الطرف الاخر الا ان يقال انه مستهلك اوليس بمقدار له مالية قابلة للمقابلة لكن اذا كان كثيراً كمأة مجيدي مثلا يكون الخليط في المجموع قابلا للمقابلة فيلزم ان يجوز بيع مأة مجيدي بازيد منها منه اومن القرانات مثلا والظاهر ان الفلوس الاحمر ايضا من الموزون فلا يجوز التفاضل في بيع بعضها ببعض (مسئلة ٥٧) اذا كان كر من الحنطة نصفه جيد وهو لواحد ونصفه لاخر ردي وهو لاخر وكانت قيمة الردي نصف قيمة الجيد فباعاها بكر من الجيدة فان تبايعا على ان يكون الثمن بينهما بالمناصفة فلا اشكال واما ان اطلقا فالظاهر كونه ربا لان البيع المذكور بمنزلة بيعين ويكون لصاحب النصف الجيد ضعف مالصاحب الرد

﴿ مسئله ٥٨ ﴾ اذا كان له كر من الحنطة نصفها جيد ونصفها ردي فباعها بكر من الجيد اوالردي اوالمختلط صح الا اذا كان بناء المتعاملين على ان يكون ثلث الثمن مثلا في مقابل النصف الردي وثلثاه في مقابل النصف الجيد فانه يلزم الربوا حينئذ

﴿ مسئلة ٥٩ ﴾ يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة كذلك او خالية كما يجوز بيعها بالبيضة وكذا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بشاة اخرى كذلك او خالية او باللبن وكذا الشاة التي عليها صوف والنخل الذي عليه تمره امثال ذلك اذا المذكورات ،

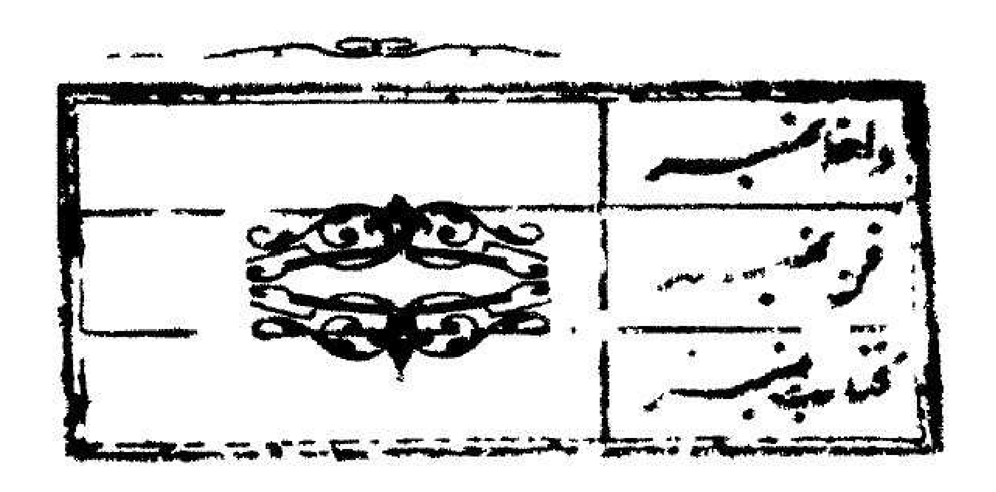
ليست من المكيل والموزون وقول الشافعى بعدم الجواز فاسد ﴿ مسئلة ٦٠ ﴾ ماذكرنا سابقاً من ان القسمة تميز لكنها مستلزمة للتعاوض فجريان الربا فيها مبنى على جريانه فيما يستلزم التعاوض وان لم يكن بعنوان المعاوضة انما كان بناء على ان الشركة عبارة عن كون كل جزء بعضه لزيد وبعضه لعمرو مثلا واما اذا قلنا ان كل واحد من الشريكين او الشركاء يملك كليا فى المجموع من نصف او ثلث او نحوهما فلا يكون مستلزمة للتعاوض ايضا اذ على هذا تكون تعيينا لملك كل واحد وتحقيق الحال موكول الى محله ﴿ مسئلة ٦١ ﴾ يمكن التخلص من الربوا بوجوه من الحيل الشرعية (منها) ما مر سابقاً من ضم ضميمة من غير الجنس الى الطرف الناقص او الى الطرفين (ومنها) ان يبيع الجنس الربوى بثمن من غير جنسه من زيد ثم يشترى منه من ذلك الجنس ازيد من الاول او اقل منه بذلك الثمن او بغيره كما اذا باع منا من الحنطة بست قرانات من زيد ثم اشترى منين منها بذلك الست او بغيره وبالعكس اذ حينئذ لم يكن من بيع المن بالمنين او بالعكس ولا فرق فى ذلك بين ان يشترط البيع الثانى فى البيع الاول اولا لكن هذا انما يتم بغير اشكال اذا اشترى بغير ذلك الثمن واما اذا اشترى بعينه فيشكل بما عن الشيخ فى تهذيبه وغيره من بعض كتبه من عدم جواز ان يشترى بثمن المبيع الربوى من جنس ذلك الشئ بزيادة لان عوض العوض عوض وعليه فاذا باع حنطة مثلا بدراهم لا يجوز له ان يأخذ عوض الدراهم حنطة ازيد لانه بمنزلة ان يكون باع حنطة بحنطة بزيادة وكذا اذا اشترى حنطة بدراهم لا يجوز ان يأخذ بدل الحنطة دراهم بزيادة لانه اخذ دراهم بدراهم بزيادة ونظره فى ذلك الى التعليل فى خبر على بن جعفر ع عن اخيه ع قال سئلته عن رجل له على اخر تمر او شعير او حنطة ايأخذ بقيمته دراهم قال ع اذا قومها دراهم فسد لان الاصل الذى يشترى به دراهم فلا يصح دراهم بدراهم ويعاضده اطلاق بعض الاخبار المانعة لكن الخبر المذكور ضعيف معرض عنه ومعارض بجملة من الاخبار المطلقة فى الجواز وتمنع كون عوض العوض بمنزلة العوض مع ان الخبر المذكور ظاهر فى المنع ولو من غير زيادة وان الشيخ عدل عن هذه الفتوى فى بعض كتبه فالاقوى جواز الحيلة بكل من الوجهين من الشراء بذلك الثمن او بغيره (ومنها) ان يهب كل من المتبايعين جنسه للاخر

لكن من غير قصد المعاوضة بين الهبتين واشتراط الهبة فى الهبة (ومنها) ان يقرض كل منهما صاحبه ثم يتبارئا مع عدم الشرط (ومنها) ان يتبايعا بقصد كون المثل بالمثل وكون الزايد هبة (ومنها) ان يصالح صاحب مقدار الزيادة للاخر ويشترط عليه ان يبيعه كذا بكذا مثلا يعتل هذا فى البيع وفى القرض ان يصالح المقترض مع المقرض قبل القرض المقدار الذى يريد ان يأخذ منه بعوض جزئى او بلا عوض ويشترط فى ضمن هذه المصالحة ان يقرضه مبلغ كذا ويصبر عليه الى كذا مدة واذا كان الدين سابقا وحل اجله ويريد ان يؤجله الى مدة يجوز ان يصالحه بمقدار ويشترط عليه ان يؤجله الى تلك المدة ﴿ مسئلة ٦٢ ﴾ بناء على القول بان منجزات المريض من الثلث اذا انحصر ماله فى مقدار من جنس فباعه محاباة باقل من قيمته ومات فى ذلك المرض فان كانت المحاباة بمقدار الثلث او اقل فلا اشكال كما اذا باع مايسوى ستة دنانير بما يسوى اربعة دنانير او خمسه وان كانت ازيد من الثلث كما اذا باع مايسوى ستة بما يسوى ثلثة او بما يسوى اثنين فان اجاز الوارث فكذلك وان لم يجز فقتضى القاعدة نفوذ البيع فى مقدار لايضر بشئ لورثة ولا بالثلث الذى هو حق المشترى من طرف المحاباة وبعبارة اخرى اللازم الجمع بين حق الوارث والمشترى من غير فرق بين كون العوضين من الربوى اوغيره ففيما اذا كان له كر من حنطة جيدة يساوى ستة دنانير فباعه بكر ردى من حنطة يساوى ثلثة دنانير أوباعه بغير الحنطة مما يسوى ثلثة دنانير فقتضى ماذكر نفوذ البيع فى ثلثى الكر وعدم نفوذه فى ثلثه اذ المحاباة فى هذه الصورة بنصف قيمة المبيع وهو ثلث دنانير وهى زايدة على الثلث بسدس المبيع وهو دينار فاذا نفذ البيع فى الثلثين وبطل فى الثلث يبقى للورثة مايساوى دينارين من طرف عدم النفوذ فى الثلث واثم مايساوى دينارين من طرف النفوذ فى الثلثين ويرجع الى المشترى مايساوى دينارا من طرف عدم النفوذ فى الثلث ويحصل له مايساوى اربعة دنانير من طرف النفوذ فى الثلثين اثنان عوض دينار به واثنان من طرف المحاباة وفيما اذا باع مايسوى ستة دنانير بما يسوى اثنين ينفذ البيع فى النصف ويبطل فى النصف الاخر وحينئذ يحصل للورثة من طرف النصف النافذ مايساوى دينارا ومن طرف غير النافذ ثلثة دنانير فهذه اربعة ويكون للمشترى ثلثة دنانير من طرف النافذ ويرجع اليه دينار

من طرف غير النافذ فعلى هذا دفع دينارا واخذ ثلثة اثنان منها من طرف المحاباة والضابط في هذه المسئلة الدورية ان يصل الى الورثة ضعف ما يصح فيه المحاباة وطريقه ان تسقط قيمة مال المشتري من قيمة مال الميت وينسب ثلث المبيع الى الباقي فيصح البيع بتلك النسبة ففي الفرض الاول تسقط الثلثة من ستة تبقى ثلثة واذا نسب اليها ثلث المبيع وهو ديناران كان ثلثيها فيصح البيع في ثلثي الكر وفي الفرض الثاني يسقط اثنان من ستة تبقى اربعة ونسبة ثلث المبيع وهو اثنان اليها بالنصف فيصح في نصف الكر وما ذكرنا هو مقتضى القاعدة من غير فرق بين الربوي وغيره اذ على ما في الربوي لا لا يخرج عن كونه مثلا بمثل لكن يظهر من المحكي عن المشهور ان مقتضى القاعدة رد المقدار الزائد على الثلث من المحاباة الى الورثة من دون ابطال البيع لان البيع المحاباتي بمنزلة بيع وهبة ففي الفرض الاول كانه باع ما يساوي ثلثة دنانير وهو نصف الكر الجيد بما يساوي ثلثه وهو تمام الكر الردي والنصف الاخر من الجيد دفعه هبة فينفذ بيع نصف الجيد بتمام الردي وتنفذ الهبة في ثلثها والثلث الاخر وهو سدس التمام يرجع الى الورثة وفي الفرض الثاني كانه باع ما يساوي دينارين وهو ثلث الكر الجيد بتمام الكر الردي وما يساوي الاربعة من الجيد وهو ثلثاه دفعه هبة فيصح البيع في الثلث ويرجع نصف الهبة الى الورثة قالوا وهذا انما يصح في غير الربوي واما فيه فلما كان مستلزما للربوا لان رد الزايد وهو سدس الكر الجيد او ثلثه يوجب كون خمسة اسداس او اربعة منه في مقابل تمام الكر الردي ويلزم تصحيح البيع بقدر الامكان فلا بد من الالتزام بما ذكر (وفيه) ما لا يخفى اذ تمنع كون مقدار المحاباة هبة بل كل جزء من المساوي للستة في مقابل جزء من المساوي للثلاثة او الاثنين غاية الامر انهما مختلفان في القيمة مع انه لو كان الامر كما ذكروه لزم البطلان في الربوي من اول الامر لان الثلاثة او الاثنين في مقابل الستة فلا يتوقف على رد الزايد واذا كان الامر كذلك فلا محل للتصحيح مع انه يلزم البطلان في الربوي حتى مع اجازة الورثة وايضا يلزم البطلان فيما كانت المحاباة بمقدار الثلث لا ازيد ولو امكن التصحيح مع كون مقتضى القاعدة البطلان امكن دعوى انه لو باع درهما بدرهمين ان احد الدرهمين في مقابل درهم والاخر هبة تصحيحا للبيع بقدر الامكان

فتحصل ان الصحة في القسامين بما ذكرنا وانه لا فرق بين الربوي

(هذا آخر ما وجدناه مما صدر من قلمه الشريف من تمامات العروة)
(التي لم تنظر عين الزمان الى كتاب مثلها في كثرة الجمع والتفر)
(مع الاشارة غالبا الى الدليل باوضح بيان واصح برهان وقد)
(اجتهدنا في تصحيحها باشراف بعض العلماء الاعلام عليها)
(وتصحيحه لها ولكن كانت النسخة المخطوطة)
(التي صدر الطبع عنها سقيمة جدا غير مصححة)
(على نسخة الاصل فلهذا بقيت بعض الاغلاط)
(النادره ولعلها لا تخفى على الافاضل)
(انشاء الله مضافا الى ما لابد منه)
(من اغلاط الطبع والله الموفق)
(وبه المستعان)





بسم الله الرحمن الرحيم

قال جل شأنه العزيز

فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك

بالعروة الوثقى لا انفصام لها

هذا كتاب العدة من كتاب

العروة الوثقى

فيما تعم به البلوى

لسيد العلماء الربانيين حجة الاسلام والمسلمين آية الله في

العالمين خاتمة السلف وغاية الشرف سيدنا الاعظم

المرحوم المبرور السيد محمد كاظم الطباطبائي

اعلى الله في الفردوس درجته

ورفع في الجنان

منزلته

طبعت بمطبعة (الحيدريه) في النجف الاشرف

للشيخ محمد صادق الكتبي واخيه الشيخ محمد ابراهيم

حفظهم الله تعالى

١٣٣٩ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله اجمعين اعلم ان الكلام في بيان اقسام العدة في الحرة والامة من الطلاق والوفاة والفسخ وانقضاء المدة في المتعة ومن وطي الشبهة يقع في مسائل (مسئلة) لا عدة على من لم يدخل بها قبلاً ولا دبراً فيجب على المتوفى عنها زوجها فانها تجب في الوفاة مطلقا ولو مع عدم الدخول صغيرة كانت الزوجة او كبيرة يائسة او غيرها فلا تجب في غير الوفاة بالخلوة مع عدم الوطي نعم اذا سبق ماؤه من غير وطي بالمساحقة او بالانزال فالظاهر وجوب العدة سواء حملت او لا فالموجب لها احد الامرين من الدخول ولو مع عدم الانزال ودخول مائه من غير وطي اذ في بعض الاخبار ان العدة من الماء ولا فرق في الدخول بين القبل والدبر ولا بين كونه في حال اليقظة او النوم حتى لو كان المدخل هي المرئة من غير شعور الرجل وكذا لا فرق بين الكبير والصغير والفحل والخصي اذا تحقق منه الايلاج ولو بالعلاج ولا يكفي الالتذاذ من غير دخول وصحيح ابي عبيده محمول على الاستحباب او على صورة ادخال مقدار الحشفة كما ان صحيحة ابن ابي نصر النافية للعدة مع الدخول في الخصي منزل على ارادة الخلوة ولو اختلفا في الدخول وعدمه يقدم قول نافيه (مسئلة ٢) لا عدة على الصغيرة في غير الوفاة وان كانت مدخولا بها اشتباها او على وجه الحرمة وكذا اليائسة على المشهور لجملة متكاثرة من الاخبار وفي الجواهر يمكن دعوى تواترها (منها) موثق عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي عبد الله ثلاث يتزوجن على كل حال التي لم تحض ومثلها لا تحيض قلت وما حدها قال اذا اتى عليها اقل من تسع سنين والتي لم يدخل بها والتي قد يئست من الحيض ومثلها لا تحيض قلت وما حدها قال اذا كان لها خمسون سنة وذهب السيد المرتضى الى ان عدتهما

ثلثة اشهر للاية الشريفة (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائي لم يحضن) بدعوى ان المراد من قوله تعالى ان ارتبتم ان جهلتم حكمهن (وفيه) انه خلاف الظاهر مع ان في صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام سئلته عن قول الله تعالى ان ارتبتم ما الريبة فقال ما زاد على شهر فهو ريبة فلتعتد بثلثة اشهر ولتترك الحيض لم يدل على وجوب العدة عليهما جملة اخرى من الاخبار لكنها مع عدم مكافئتها للاخبار الاول محمولة على البالغة التى لم تر الحيض والتى قعدت من المحيض قبل سن اليأس فالاقوى ما ذكره المشهور (مسئلة ٣) ذكروا انها لو رأت الدم مرة ثم بلغت سن اليأس اكملت العدة بشهرين وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه ويدل عليه خبر هرون بن حمزة عن ابي عبد الله ع في امرأة طلقت وقد طعنت في السن فحاضت حيضة واحدة ثم ارتفع حيضها فقال تعتد بالحيض وشهرين مستقبلين فانها قد يئست من الحيض وهو وان كان ضعيفا الا انه منجبر بالعمل وهو المراد من التعليل انها حيث يئست من المحيض فتنتقل عدتها من الاقراء الى الاشهر ويستفاد منه ان العدة لابد منها ويكون الشهران بدل القرئين الاخرين وظاهرهم الاقتصار في التلفيق على مورد الخبر لكن الاظهر الحاق صورة رؤية الدم مرتين فيضم اليهما شهر مستقبل واذا كانت ذات الشهور فاعتدت بشهرين او بشهر او اقل ثم يئست اتمت ثلثة اشهر فان الظاهر ان المدار في وجوب العدة وعدمه على حال الطلاق فان كانت يائسة حاله لا عدة عليها والا وجبت ولو بلغت سن اليأس بعده بزمان قليل اذ احتمال عدم العدة عليها مقطوع العدم اذ هو مستلزم لجواز نكاحها قبل اليأس وهو مقطوع البطلان وكون عدتها الى زمان اليأس بعيد فيبقى وجوب الاعتداد بثلثة اشهر اذ العدة احد الامرين من الاقراء او الاشهر وكان مقتضى القاعدة فيما اذا رأت الدم مرة او مرتين ثم يئست وجوب الاستيناف بثلثة اشهر وعدم احتساب ما رأته من الدم مرة او مرتين وانما خرجنا عنها لاجل النص ﴿ مسئلة ٤ ﴾ اختلفوا في حد اليأس قيل هو ستون لموثقة البجلي ومرسلة الكافي وقيل خمسون لصحيحة البجلي وروايته وعن المشهور انه ستون في القرشية وخمسون في غيرها وهو الاقوى جمعا بين الطائفتين بشهادة مرسلة ابن ابي عمير الذى مراسيله كمسانيده اذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حمرة الا ان تكون من قريش (وربما) يلحق بالقرشية النبطية لمرسلة المقنعة

وروى ان القرشية من النساء والنبطية ترياني الدم الى ستين سنه لكن موضوعها غير معلوم مع ان المرسلة المذكورة غير كافية في اثبات حكمها فالالحاق مشكل (مسئلة ٥) اذا ادعت انها بلغت حد الياس فهل يقبل قولها لان امر العدة الى النساء او لا لاصالة العدم ورجوع قولها الى الخبر عن السن فليس من الاخبار بعدم العدة وجهان بل قولان ﴿مسئله ٦﴾ عدة الطلاق والفسخ باحد اسبابه في الحرة وان كانت تحت عبد ثلثة قروء وهي الاطهار على الاقوى اذا كانت ممن تحيض وثلثة اشهر اذا كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض اما لعدم بلوغها الحد المتعارف او لانقطاع حيضها لمرض او حمل او رضاع وكذا اذا كان زمان طهرها ثلثة اشهر او ازيد وكانت مستقيمة الحيض وان كانت غير مستقيمة الحيض فعدتها اسبق الامرين من الاقراء او الاشهر وفي الامة وان كانت تحت حر طهران او خمسة واربعون يوما على الاقوى وذهب بعض من قال بالاطهار في الحرة الى انها في الامة حيضتان لعدم ما يدل على كونها الاطهار من الاخبار فيها فيبقى ما يدل على انها حيضتان بلا معارض وفيه ان المستفاد من الاخبار انه لا فرق بين الحرة والامة الا في مقدار العدة حيث انه في الامة على النصف من الحرة الا انه لما لم يعلم نصف القرء الا بعد انتهائه جعل طهورين ففي صحيح زرارة عن ابي جعفر ع سئلته عن حر تحته امة او عبد تحته حرة كم طلاقها وكم عدتها فقال ع السنة في النساء في الطلاق فان كانت حرة فطلاقها ثلث وعدتها ثلث اقراء وان كان حر تحته امه فطلاقها تطليقتان وعدتها قرءان فانه كالصريح في اتحادهما في المراد من القرء (مسئلة ٧) يكفي في الطهر مسماه ولو بمقدار لحظة للاجماع ظاهرا ولانه الظاهر من الاخبار الدالة على الخروج من العدة برؤية الدم الثالث نعم لو اتصل اخر صيغة الطلاق باول زمان الحيض بحيث لم يتخلل بينهما فصل صح الطلاق لانه وقع في حال الطهر ولابد من ثلثة اطهار تامة لان الطهر الاول هو الذي يوجد بعد الحيض وحينئذ لابد في الخروج من العدة برؤية الدم الرابع وعلى ما ذكر من كفاية لحظة في الطهر الاول يكون اقل زمان تنقضي به العدة ستة وعشرون يوما ولحظتان في الحرة وثلثة عشر يوما ولحظتان في الامة واللحظة الاخيرة ليست جزء من العدة بل الحكم بالانقضاء موقوف على تحققها فهي كالمقدمة العلمية ولا وجه لما عن الشيخ

من كونها جزءمنها والثمرة تظهر في الارث اذا مات الزوج فيها في العدة الرجعية فعلى المشهور لاترثه وعلى قول الشيخ ترثه لصدق انه مات في العدة الرجعية او اذا ماتت هي فانه يرثها على قول الشيخ (مسئلة ٨) دم النفاس كدم الحيض فيعد حيضة في باب العدة وحينئذٍ يمكن ان يكون اقل زمان تنقضي به العدة اقل مما ذكر كما اذا طلقها بعد الوضع قبل رؤية الدم بلحظة ثم رأت الدم لحظة ثم مضى اقل الطهر وهو عشرة ثم رأت اقل الحيض ثلثة ثم مضى اقل الطهر عشرة فتخرج من العدة برؤية الدم ويكون المجموع ثلثة وعشرين يوما وثلث لحظات وفي الامة عشرة ايام وثلاث لحظات (مسئلة ٩) لو اختلف في انه بقي بعد الطلاق قدر من الطهر اولا فقالت قد بقي وانكر قدم قولها لان المرجع في الطهر والحيض اليها (مسئلة ١٠) المدار في الشهور على الشهر الهلالي لانصرافه اليه في عرف الشرع في جميع المقامات التي علق الحكم على الشهر بل لايبعد كونه في العرف العام ايضاً كذلك وحينئذٍ فلو كان الطلاق في اول رؤية الهلال تكون الثلاثة كلها هلاليات ويكفي الصدق العرفي في وقوعه في اول الرؤية ولا يلزم كون اخر لفظ الطلاق متصلاً باول الغروب كما اعتبره بعضهم واما لو وقع الطلاق في اثناء الشهر فذكروا فيها احتمالات (احدها) جعل الشهرين الوسطين هلاليين واكمال الاول من الرابع بمقدار مافات منه (الثاني) جعل الاول عدديا باكماله من الرابع ثلثين (الثالث) اعتبار العددي في الجميع (الرابع) اكمال الاول من الرابع من حيث الكسور لامن حيث عدد الايام مثلاً اذا كان الطلاق في نصف الشهر يؤخذ من الرابع نصفه ولايخفى ضعف هذا الاحتمال لاستلزامه كون الملفق تسعة وعشرين يوماً ونصف في بعض الصور كما اذا كان الشهر الرابع ناقصاً وحينئذٍ فيخرج عن الهلالي والعددي وهنا احتمال خامس لم يذكروه وهو ان ينقص من الربع مقدار مابقي من الاول والفرق بينه وبين الاحتمال الاول ان على الاول يكون الملفق تسعة وعشرين لو كان الشهر الاول ناقصاً وعلى هذا الاحتمال يكون كذلك اذا كان الربع ناقصاً كما لايخفى ويمكن ان يقال اذا كان الطلاق في اوائل الشهر يكون هو المحسوب اول الاشهر فيتمم نقصه من الربع واذا كان في اواخره فالمحسوب اول الشهر هو الشهر الثاني ويكون الثالث هو الرابع فينقص عنه مقدار مابقي من الاول والاقوى من

هذه الوجوه الوجه الثاني ﴿ مسئلة ١١ ﴾ لا اشكال ولا خلاف في ثبوت العدة في الوطى بالشبهة اذا كانت من الطرفين او من طرف الواطى ويدل عليه اطلاق ما دل من الاخبار على وجوبها بالادخال والماء واما اذا كانت من طرفها خاصة ففيه قولان اقويهما الوجوب ثم ظاهرهم الاتفاق على كونها مثل عدة الطلاق (مسئلة ١٢) لو اختلفا في انقضاء العدة بالاقراء وعدمه قدم قولها لان امر العدة راجع اليها بل وكذا لو اختلفا في الانقضاء بالاشهر وعدمه على الاقوى (مسئلة ١٣) عدة الحامل حرة كانت او امة في الطلاق والفسخ والوطى بالشبهة مع كون الحمل للمطلق والفاسخ والواطى وضع الحمل للاية والاخبار القريبة من التواتر فلا تخرج من العدة الا به على المشهور المعروف وعن الصدوق والمرتضى وابن البراج انها اسبق الامرين من الوضع والاقراء او الاشهر لخبر ابي الصباح طلاق الحامل واحدة وعدتها اقرب الاجلين وصحيح الحلبي طلاق الحبلى واحدة واجلها ان تضع حملها وهو اقرب الاجلين ونحوه صحيح ابي بصير (وفيها) انها لا تقاوم الاية والاخبار الاولة مع احتمال بل ظهور كون المراد ان وضع الحمل اقرب الاجلين من حيث امكان وقوعه بعد الطلاق بزمان يسير بل بلحظة بخلاف الاشهر والاقراء فالمراد من الاقرب هو خصوص الوضع ثم لا فرق في الحمل بين كونه تاما او غير تام حتى العلقة بعد معلومية كونها مبدء نشو الادمي (نعم) ربما يستظهر من موثق عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي ابراهيم ع ان اقل ما يتحقق به الحمل المضغة قال سئلته عن الحبلى اذا طلقها زوجها فوضعت سقطا تم او لم يتم او وضعته مضغة قال كل شئ يستبين انه حمل تم او لم يتم فقد انقضت عدتها وان كان مضغة لكن يمكن ان يقال ان ذكر المضغة من جهة كونها مذكورة في كلام السائل او لحصول العلم بكونها مبدء نشو الادمي بخلاف العلقة فانه لا يحصل العلم بكونها كذلك كلياً بل قد يحصل وقد لا يحصل فاذا حصل تكون من افراد الحمل بل يمكن صدق الحمل على النطفة المستقرة في الرحم ايضاً اذا كانت قريبة الاستحالة الى العلقة ولا يكفي احتمال كونه حملاً بل لا بد من العلم به ولا يكفي الظن ايضاً نعم عن السرائر كفاية شهادة القوابل وهو مشكل وعن القواعد كفاية الظن مطلقا وهو اشكل وان وجهه كاشف اللثام بانه يقوم مقام العلم في الشرع اذا تعذر العلم اذ هو ممنوع اشد المنع نعم لو ادعت هي انها حامل وان الخارج منها حمل يمكن

ان يقال بقبول قولها المادل على قبول قولها فى الحيض والحمل والعدة ﴿ مسئلة ١٤ ﴾ يعتبر فى صدق الوضع عرفاً خروجه بتمامه فلا يكفى فى صدقه خروج البعض متصلاً او منفصلاً الا اذا كان الباقى جزءً يسيراً لا ينافى الصدق فلا تخرج عن العدة بخروج رأس الولد بل ولا بخروج معظم بدنه وكذا اذا مات فى بطنها واخرج قطعات لا تبين بخروج جملة منها مع بقاء البعض المعتد به ومع الشك فى الصدق وعدمه الاصل البقاء على العدة فيجوز الرجوع فى طلاقها لو كان رجعياً و يحكم بالتوارث لو مات احدهما (مسئلة ١٥) اذا كان الحمل اثنين او ازيد لا يكفى وضع احدها بل لا بد من وضع الجميع و كون الواحد حملاً لا يقتضى صدق وضع حملهن وعن الشيخ فى نهايته وتبعه بعض احرابها تبين بوضع احدهما لكن لا يجوز لها التزويج الا بوضع الجميع لخبر عبد الرحمن بن ابى عبدالله عَ عن الصادق عَ قال سئلته عن رجل طلق امرأته وهى حبلى و كان ما فى بطنها اثنان فوضعت واحداً وبقى واحد قال عَ تبين بالاول ولا تحل للازواج حتى تضع ما فى بطنها (وفيه) انه ضعيف ولا جابر له وقد يستدل له بان الحمل صادق على الواحد فيصدق الوضع بوضعه (وفيه) ان ظاهر وضع الحمل وضع الجميع مع ان مقتضاه جواز التزويج ايضاً فلا يكفى دليلاً للقول المذكور ﴿ مسئلة ١٦ ﴾ اذا كان الحمل لغير من له العدة من المطلق ونحوه فالعدة هى الاقراء او الاشهر لا بالوضع كما لو كانت حاملة بالزنا قبل الطلاق او حملت بالزنا بعده فانها لا تخرج من العدة بالوضع و يجوز تزويجها بعد الاقراء او الاشهر وان لم تضع لانه لا حرمة لماء الزانى ولذا يجوز تزويجها اذا لم يكن لها بعل وكانت حاملة من الزنا والظاهر الاتفاق عليه بل وكذا اذا لم تكن حاملة على المشهور الاقوى لكن عن السراير وجوب العدة عليها وعن المسالك نفى الباس عنه واختاره صاحب الحدائق لخبر اسحق بن جرير عن ابى عبدالله عَ قلت له الرجل يفجر بالمرئة ثم يبدو له فى تزويجها هل يحل له ذلك قال نعم اذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله ان يتزوجها وخبر تحف العقول عن ابى جعفر الثانى عَ انه سئل عن رجل نكح امرأة على زنا ايحل له ان يتزوجها فقال يدعها حتى يستبرئها من نطفته و نطفة غيره اذ لا يؤمن منها ان تكون قد احدثت مع غيره كما احدثت معه ثم يتزوج بها اذا اراد وفى الحدائق ويؤيدها الاخبار الدالة على انه اذا دخله فقد وجبت

العدة والمهر والرجم والنسل وضعفهما يمنع عن العمل بهما والاولى حملهما على الندب وكما اذا وطئت شبهة قبل الطلاق او بعده وكان الحمل للواطى لبعد الزوج عنها فانها تعتد من الطلاق بالاقراء او الاشهر وتعتد للوطي بالوضع وهل تتداخل العدتان او يجب التعدد المشهور الثاني وقيل بالاول وسيأتي تفصيل الحال ﴿ مسئلة ١٧ ﴾ اذا ادعت الحمل بعد الطلاق صبر عليها مادام محتملاً الى اقصى الحمل وفيه اقوال فالمشهور انه تسعة اشهر واستدلوا بجملة من الاخبار وقيل انه عشرة اشهر ولا دليل عليه والاقوى انه سنة كما عليه جماعة ويدل عليه مضافا الى الوجدان كما في المسالك حيث قال قد وقع في زماننا ما يدل عليه صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج سمعت ابا ابراهيم ع يقول اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً انتظرت تسعة اشهر فان ولدت والا اعتدت بثلاثة اشهر ثم قد بانت منه وخبر محمد بن الحكم ويدل عليه ايضاً المرسل عن علي ع ادنى ما تحمل المرئة لستة اشهر واكثر ما تحمل لسنة واما اخبار المشهور فنزلة على الغالب ﴿ مسئله ١٨ ﴾ اذا اتفقا على الحمل وكون العدة بالوضع فادعت انها وضعت وانكر الزوج قدم قولها لان امر العدة والحمل اليها وكذا اذا انعكس بان ادعى الوضع وانكرت لدفع النفقة وغيرها فانه يقدم قولها لما ذكر ولاصالة العدم ﴿ مسئلة ١٩ ﴾ لو ادعت الحمل فانكر الزوج فالاقوى تقديم قولها لما مر من امر العدة والحمل اليها لكن ذكر جماعة منهم الشرايع تقديم قوله وذكروا في الفرق بين هذه المسئلة والسابقة ان في السابقة كان الحمل معلوما فيقدم قولها في الوضع لان مرجع النزاع الى بقاء العدة وعدمه بخلاف هذه المسئلة حيث ان النزاع في اصل الحمل وتقديم قولها في العدة انما هو فيما اذا كانت حقيقة العدة معلومة انها بالوضع او بالاشهر او الاقراء دون ما اذا كان النزاع في حقيقتها وفيه ما لا يخفى فالاقوى عدم الفرق مع انه يكفي كون امر الحمل ايضاً اليها ولو ادعت الحمل والوضع وانكرها الزوج فكذلك يقدم قولها ﴿ مسئلة ٢٠ ﴾ اذا اتفقا على الحمل والوضع والطلاق واختلفا في تقدم الوضع على الطلاق حتى يجب عليها العدة بالاقراء او الاشهر او تقدم الطلاق حتى تكون قد خرجت عن العدة فمع الجهل بتاريخهما يقدم قول من يدعي وجوب العدة لان الطلاق معلوم ولا بد له من العدة ولم يعلم خروجها عنها وامامع العلم بتاريخ احدهما فعن الشيخ وجماعة انه لو علم تاريخ الطلاق ولم يعلم تاريخ الوضع قدم قولها

سواء ادعت تأخره او تقدمه لانه فعلها فيقدم قولها فيه لانها المؤتمنة فيه فكما تصدق في اصله تصدق في وقته ايضاً ولو علم تاريخ الوضع وكان النزاع في تاريخ الطلاق قدم قوله سواء ادعى تقدمه او تأخره لانه فعله فكما يصدق في اصله فكذا في وقته (وفيه) انه لا دليل على تقديم قول ذي الفعل مطلقا حتى في مقام الدعوى بل مقتضى القاعدة اجراء اصالة العدم في كل منهما فان الاصل عدم الوضع الى زمان الطلاق وعدم الطلاق الى زمان الوضع وحينئذ فان قلنا بالاصل المثبت واثبات تأخر الوضع في الفرض الاول وتأخر الطلاق في الفرض الثاني وجب العمل بمقتضاها وان لم نقل كما هو الحق فالحكم كصورة الجهل بتاريخهما فيقدم قول من يدعي بقاء العدة ويمكن ان يقال بتقديم قول الزوجة مطلقا لان امر العدة والحمل اليها والاحوط ما ذكرنا من تقديم قول من يدعي بقاء العدة

﴿ الفصل الاول في عدة الوفاة ﴾

﴿ مسئلة ١ ﴾ تعتد الحرة وان كانت تحت عبد اربعة اشهر وعشراً اذا كانت حائلاً في العقد الدائم بالاجماع والاخبار المستفيضة مضافا الى الاية (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشراً) واما الاية الاخرى وهي قوله تعالى ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجاً وصية لازواجهم متاعا الى الحول ﴾ فعلى فرض دلالتها على وجوب العدة سنة فهي منسوخة بالاية المذكورة بل وكذا في عقد الانقطاع على الاقوى من غير فرق بين الصغيرة والكبيرة مسلمة كانت او ذمية من ذوات الاقراء او لا ومن غير فرق بين كونها مدخولا بها او لا بالاجماع واطلاق الاخبار واما خبر عمار الدال على عدم العدة عليها مع عدم الدخول كما في الطلاق فلا عامل به ومحمول على التقية كما يظهر من خبر عبيد بن زرارة عن رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها اعليها عدة قال لا قلت المتوفى عنها زوجها قبل ان يدخل بها اعليها عدة قال امسك عن هذا وفي خبر اخر قال ع ـ ف عن هذا وكذا لا فرق في الزوج بين الكبير والصغير والحر والعبد والعاقل وغيره ﴿ والمراد ﴾ بالاشهر الهلالية وحينئذ فان مات في اول رؤية الهلال اعتدت باربعة اشهر هلاليات وتضم اليها عشر ليال بايامها من الشهر الخامس وان مات في اثناء الشهر فان كان الباقي منه عشراً اعتدت بها مع اربعة هلاليات وان كان الباقي اقل من عشرة اكملته عشراً من الشهر السادس وان كان اكثر من عشرة تعتد

بثلثة اشهر وتكمل الاول من الخامس ثلثين وتقضي الى عاشر اولو كان موته في اثناء النهار تكمل بقيته من اليوم الذي بعد المدة ولو كانت لاتعرف الهلال لحبس اوغيره اعتدت بالايام مائة وثلثون يوما بلياليها ولو كانت حاملاً فعدتها ابعد الاجلين من الوضع والعدة المزبورة بالاجماع والاخبار المستفيضة مع انه مقتضى الجمع بين الاية المزبورة واية اولات الاحمال (مسئلة ٢) يجب عليها في وفاة زوجها الحداد مادامت في العدة وهو كالاحداد في الشرع بل واللغة ترك الزينة في البدن واللباس بمثل التكحل والتطيب والخضاب والحمرة والخطاط وماء الذهب ونحوها ولبس مايعد زينة كالاحمر والاصفر والحلي ولبس الحرير والديباج ونحوها من الثياب وبالجملة كل مايعد زينة مما تتزين به للزوج المختلف بحسب الاشخاص والبلدان والازمان فيحكم في كل بلد بما هو المعتاد فيه والاقتصار في الاخبار على الثوب المصبوغ انما هو من باب المثال بل المدار على مايعد زينة بحسب حالها فقد يكون الاسود زينة وقد يكون الابيض زينة نعم لاباس بتنظيف البدن واللباس وتسريح الشعر وتقليم الاظفار والسواك ودخول الحمام ولا السكنى في المساكن العالية ولا الافتراش بالفرش الفاخرة مما لايعد زينة في البدن واللباس ويدل على وجوب ترك الزينة الاجماع والاخبار المستفيضة نعم لايأس بها مع الضرورة وعليها يحمل اطلاق الجواز في بعض الاخبار (مسئلة ٣) يظهر من جملة من الاخبار عدم جواز خروجها مادامت في العدة عن بيتها نهارا وعدم جواز بيتوتتها في غير بيتها الامع الضرورة اولاداء حق اولقضاء حاجة اوللاتيان بامر مستحب مثل الزيارة وسماع التعزية ونحوها اذ المذكور في الاخبار وان كان هو الحج الا ان الظاهر ارادة المثال لكل مستحب وانها اذا ارادت الخروج فلتخرج بعد نصف الليل وترجع مساء كما في بعض الاخبار اوعشاء كما في بعضها الاخر ومن جملة اخرى اطلاق جوازها وظاهر المشهور العمل بالاخيرة وحمل الادلة على الكراهة جمعاً واختار صاحب الحدائق الحرمة وحمل الاخيرة على صورة الضرورة والاقوى ماعليه المشهور من الكراهة في غير الموارد المذكورة (مسئلة ٤) لافرق في وجوب الحداد بين المسلمة والذمية قالوا ولا بين الكبيرة والصغيرة لكن في الصغيرة اشكال لان الحداد تكليف لايتوجه الى الصغيرة وتكليف الولي غير معلوم والاصل عدم الوجوب ولذا تردد فيه ابن ادريس

والعلامة في المختلف وسالار على ما في الرياض بل في كشف اللثام هو الاقوى وهو الاقوى لما ذكر من عدم توجه التكليف الى الصغيرة وكذا المجنونة لم الظاهر عدم الفرق بين كون الزوج صغيراً او كبيراً وان كان لا يخلو عن اشكال ايضاً في مثل الرضيع ﴿ مسئلة ٥ ﴾ اذا كانت الزوجة امة فعن جماعة عدم الحداد عليها بل قيل انه الاشهر وعن الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر وجوبه عليها ايضاً والاقوى الاول للاصل بعد انصراف الادلة الى الحرة وصحيح زرارة ان الحرة والامة كلتيهما اذا مات عنهما زوجهما سواء في العدة الا ان الحرة تحد والامة لا تحد وهو مقيد للاطلاقات على فرض عدم انصرافها واستدل للقول بالوجوب بالنبوي لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلث ليال الا على الزوج اربعة اشهر وعشراً (وفيه) ان المراد من الامرأة فيه هي الحرة لان عدة الامة شهران وخمسة ايام مع امكان دعوى انصرافها الى الحرة كما في الاطلاقات والعجب التمسك به مع ضعفه وعدم التمسك باطلاق الاخبار وامكان دعوى الانصراف مشترك بينه وبينها (مسئلة ٦) هل الحكم شامل للمتعة او يختص بعقد الدوام لمختار في الجواهر الاول للاطلاق وهو مشكل اذ يمكن دعوى الانصراف الى الدوام خصوصاً مع قلة الاجل في المتعة بمثل الساعة والساعتين بل اليوم واليومين مع امكان دعوى ان مقتضى ما في صحيحة زرارة عن الباقر ع من ان على المتمتع ما على الامة عدم وجوب الحداد عليها لعدم وجوبه على الامة كما تقدم فتأمل ولا يبعد التفصيل بين اتخاذها زوجة له مدة معتد بها وبين غير هذه الصورة كما اذا كانت ساعة او ساعتين او يوماً او يومين او نحو ذلك بدعوى الانصراف عن نحو ذلك ويمكن ان يحمل على هذا التفصيل خبر عبد الرحمن الحجاج عن ابي عبد الله ع عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها زوجها هل عليها العدة فقال تعتد اربعة اشهر وعشراً واذا انقضت ايامها وهو حي فحيضة ونصف مثل ما يجب على الامة قال قلت فتحد قال ع ثم اذا مكثت عنده اياما فعليها العدة وتحد واذا كانت عنده يوما او يومين او ساعة من النهار فقد وجبت العدة كملا ولا تحد لكنه مشكل اذ المستفاد منه التفصيل بين قلة المكث عنده وكثرته لا قلة المدة وكثرتها وقد فصل بهذا التفصيل الصدوق في المقنع عملاً بهذا الخبر لكنه ايضاً مشكل والاحوط الحداد مطلقا (مسئلة ٧) الظاهر عدم

كون الحداد شرطا فى صحة العدة بحيث لو خالفت عصيانا او جهلاً او نسيانا وجب عليها الاستيناف او تدارك مقدار مافاة من الايام لان الظاهر انه واجب تعبدى فى واجب لا ان يكون قيداً فيه لاصالة عدم الاشتراط فيشمله جميع مادل على جواز نكاحها بعد انقضاء اربعة اشهر وعشراً من مثل قوله تعالى (فاذا بلغن اجلهن فلا جناح عليهن فيما فعلن فى انفسهن بالمعروف) وقد حكى عليه الشهرة نعم نقل الخلاف عن ابى الصلاح والسيد الفاخر فحكما ببطلانها مع المخالفة عمداً او مطلقا على اختلاف النقلين لعدم حصول الامتثال (وفيه) ان عدم امتثال الامر بالحداد لا يضر بامتثال الامر بالعدة بعد عدم شرطيته فيما يقتضى الاصل بل ظهور الادلة هذا ولكن قال فى الجواهر بعد نقل خلافهما ولكن الانصاف عدم خلوه عن الوجه خصوصاً مع ملاحظة الاحتياط ووجوب الشئ فى الشئ والنصوص المتكثرة فى تعليل وجوب العدة عند بلوغ الخبر بخلاف المطلقة بوجوب الحداد عليها فى عدتها بل قال ابو جعفر ع فى خبر زرارة منها ان مات عنها زوجها وهو غايب فقامت البينة على موته فعدتها من يوم يأتيها الخبر اربعة اشهر وعشرا وعليها ان تحد عليه فى الموت اربعة اشهر وعشراً فتمسك عن الكحل والطيب والاصباغ لا اقل من الشك بعد انقضاء العدة بدونه انتهى (وفيه) ان الاحتياط غير واجب والتعليل لا يدل على الشرطية غاية الامر ان الحكمة فى جعل العدة من حين بلوغ الخبر اتيان هذا الواجب وهذا غير الشرطية والخبر المذكور لا دلالة فيه على ماذكره فالاقوى ما عليه المشهور ﴿ مسئله ٧ ﴾ لا حداد على المطلقة رجعية كانت او بائنة بلا اشكال ولا خلاف للاصل وعدم الدليل بل وخبر زرارة عن ابى جعفر ع عدة المتوفى عنها زوجها اخر الاجلين لان عليها ان تحد اربعة اشهر وعشراً وليس عليها فى الطلاق ان تحد وخبر قرب الاسناد عن على ابن جعفر عن اخيه قال سئلته عن المطلقه لها ان تكتحل وتختضب وتلبس ثوبا مصبوغا قال لا بأس اذا فعلته من غير سوء وخبر عمار عن ابى عبد الله ع سئل عن المرائة اذا اعتدت هل يحل لها ان تختضب فى العدة قال لها ان تكتحل وتدهن وتمشط وتصبغ وتلبس الصبغ وتختضب بالحناء وتصنع ماشائت لغير ريبة من زوج يحمله على المطلقة ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين الرجعية والبائنة مع ان الرجعية باقية على حكم الزوجية ويظهر من جملة

من الاخبار استحباب تزيينها واظهار ذلك لزوجها لعل الله يحدث بعد ذلك امراً واما خبر مسمع عن ابى عبد الله ع عن على ع قال المطلقة تحد كما تحد المتوفى عنها زوجها ولا تكتحل ولا تطيب ولا تختضب ولا تمتشط فلا عامل به وحمله الشيخ على الاستحباب بعد تخصيصه بالبائنة وهو بعيد وحمله بعضهم على النهى عن المذكورات اذا كانت لغير الزوج وهو ايضاً بعيد فالاولى طرحه (مسئلة ٨) لا حداد على الامة من موت سيدها وان كانت موطوئة له بل وان كانت ام ولده وكذا لا حداد على الاقارب كالوالدين والولد والاخ وغيرهم نعم يستحب الحداد ثلثة ايام لجملة من الاخبار كالنبوى السابق ومرسل الواسطى يحد الحميم على حميمه ثلثا ومضمر بن مسلم ليس لاحد ان يحد اكثر من ثلثة ايام الا المرأة على زوجها حتى تنقضى عدتها وظاهر المرسل الوجوب ولا عامل به وظاهره كظاهر النبوى حرمة ما زاد وهى ايضا غير معلومة نعم يكره ذلك الا اذا كان بعنوان التشريع فيحرم (مسئلة ٩) اذا مات الواطى بالشبهة لا يجرى عليه حكم الزوج بلا اشكال وتعتد المرأة عدة الطلاق والله العالم (مسئلة ١٠) المفقود المنقطع خبره اذا تبين موته فلا اشكال وان علم حيوته وان لم يعلم انه فى اى بلد وجب على زوجته الصبر الى ان يعلم طلاقه لها او موته وان طالت المده ولا يجوز لها ان تتزوج بل يجب الانفاق عليها من ماله ان كان له مال والا فمن بيت المال نعم اذا حصل لها العلم بموته من القرائن جاز لها ذلك ويجوز للغير تزويجها اذا لم يعلم كذبها لجملة من الاخبار الدالة على جواز نكاح امرأة ادعت ان لا زوج لها وان علم كونها مزوجة سابقا واما اذا لم يعلم موته ولا حيوته فان كان له مال ينفق عليها او انفق عليها وليه او متبرع وجب عليها الصبر ولا يجوز لها ان تتزوج لاستصحاب حيوته والا فان مقتضى الاستصحاب عدم جواز تزويجها ايضاً الا ان جملة من الاخبار تدل على انها ان لم تصبر وارادت ان تتزوج تصبر اربع سنين للفحص عن حيوة وموت زوجها فان لم يتبين احد الامرين امرها الحاكم بالاعتداد او يطلقها او يأمر وليه ان يطلقها ثم يجوز لها ان تتزوج بعد العدة وهذا المقدار متفق عليه بينهم فى الجملة لكنهم اختلفوا فى امور (احدها) انه هل يشترط طلاقها بعد مدة التربص كما عليه المشهور او يكفى امر الحاكم اياها بالاعتداد او من غير حاجة الى الطلاق كما عليه جماعة (الثانى) هل اللازم عليها عدة الوفاة اربعة اشهر

وعشراً اوعدة الطلاق فالمشهور الاول وعن جماعة الثانى (الثالث) هل اللازم من الاول رفع امرها الى الحاكم لضرب الاجل والفحص فى الاطراف ببعث شخص اوبالكتابة كما هو ظاهر المشهور اويكفى مضى اربع سنين ولو قبل الترافع ومن غير امر الحاكم كما اختاره صاحب الحدائق تبعاً للكاشانى (الرابع) هل المدة من حين فقد خبره وصدق كونه مفقوداً كما عليه بعض او من حين تعيين الحاكم كما هو ظاهر المشهور (ومنشأ) هذه الاختلافات اختلاف الاخبار الواردة فى المقام (فمنها) صحيح الحلبى عن ابى عبدالله عَ عن المفقود قال عَ المفقود اذا مضى له اربع سنين بعث الوالى او يكتب الى الناحية التى هو غائب فيها فان لم يجد له اثراً امر الوالى وليه ان ينفق عليها فما انفق عليها فهى امرأته قلت فانها تقول فانى اريد ما تريد النساء قال ليس لها ذلك ولا كرامة فان لم ينفق عليها وليه او وكيله امره بان يطلقها وكان ذلك عليها طلاقاً واجباً ومقتضى هذا الخبر اشتراط الطلاق وظاهره كون المدة عدة طلاق وايضاً مقتضاه كفاية مضى المدة ولو قبل الرفع الى الحاكم ومن غير تعيينه (ومنها) خبر بريد بن معويه عن ابى عبدالله عَ عن المفقود كيف يصنع بامرأته قال ما سكتت عنه وصبرت يخلى عنها فان هى رفعت امرها الى الوالى اجلها اربع سنين ثم يكتب الى الصقع الذى فقد فيه فيسئل عنه فان خبر عنه بحيوته صبرت وان لم يخبر عنه بشئ حتى تمضى الاربع سنين دعى ولى الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال فان كان له مال انفق عليها حتى يعلم حيوته من موته وان لم يكن له مال قيل للولى انفق عليها فان فعل فلا سبيل لها ان تتزوج ما انفق عليها وان ابى ان ينفق عليها جبره الوالى على ان يطلق تطليقة فى استقبال المدة وهى طاهر فيصير طلاق الوالى طلاق الزوج فان جاء زوجها من قبل ان تنقضى عدتها من يوم طلقها الوالى فبدا له ان يراجعها فهى امرأته وهى عنده على تطليقتين وان انقضت العدة قبل ان يجئ او يراجع فقد حلت للازواج ولا سبيل للاول عليها (ومقتضى) هذا الخبر ايضاً اعتبار الطلاق وظاهره لزوم كون المدة بعد الرفع وتعيين الحاكم وعدم كفاية الصبر قبل الرفع لكن يمكن ان يقال ان ما فى الخبر الصبر والسكوت بعنوان الرضا بالبقاء على الزوجية مع هذا الحال والذى يظهر من الخبر السابق كفايته هو الصبر مع عدم الرضا او بعنوان ما يجب عليها من الاجل (ومنها) خبر ابى الصباح

عن ابي عبدالله في امرأة غاب عنها زوجها اربع سنين ولم ينفق عليها ولم تدر احي هو ام ميت ايجبر وليه على ان يطلقها قال نعم وان لم يكن له ولي طلقها السلطان قلت فان قال الولي انا انفق عليها قال فلا يجبر على طلاقها قلت ارأيت ان قالت انا اريد ما تريد النساء ولا اصبر ولا اقعد كما انا قال ليس لها ولا كرامة اذا انفق عليها وظاهر هذا الخبر ايضاً عدم لزوم كون المدة بعد الرفع ولزوم الطلاق ويظهر منه ومن سابقه انه لو قال الولي بعد مضي المدة انا انفق عليها لا تطلق ويجب عليها الصبر وهو مشكل (ومنها) مرسلة الفقيه ان لم يكن للزوج ولي طلقها الوالي يشهد شاهدين عدلين فيكون طلاق الوالي طلاق الزوج وتعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تتزوج ان شائت ويظهر منها ومن سابقها ان طلاق الولي مقدم على طلاق الوالي (ومنها) موثق سماعة قال سألته عن المفقود فقال ان علمت انه في اي ارض فهي تنتظر له ابداً حتى يأتيها موته او يأتيها طلاقه وان لم تعلم اين هو من الارض كلها ولم يأتها منه كتاب ولا خبر فانها تأتي الامام فيأمرها ان تنتظر اربع سنين فيطلب في الارض فان لم يوجد اثر حتى تمضي اربع سنين امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشراً ثم تحل للازواج فان قدم زوجها بعدما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعة وان قدم وهي في عدتها اربعة اشهر وعشراً فهو املك برجعتها (ومقتضى) هذا الخبر كفاية امر الحاكم بالاعتداد من غير حاجة الى الطلاق (واما النبوي) تصبر امرأة المفقود حتى يأتيها يقين موته او طلاقه والعلوي هذه امرأة ابتليت فلتصبر وخبر السكوني ان علياً ع قال في المفقود لا تتزوج امرأته حتى يبلغها موته او طلاق او لحوق باهل الشرك فلا عامل بها مع انه الاولين عاميان ثم ان مقتضى الجمع بين الاخبار المذكورة لزوم الطلاق بتقييد خبر سماعة بساير الاخبار ولزوم كون المدة عدة وفاة بتقييد اخبار الطلاق بخبر سماعة والمرسل ولزوم رفع الامر الى الحاكم وكون ضرب الاجل بتعيينه وكون ابتداء الاجل من حين ضربه بتقييد خبر الحلبي وخبر ابي الصباح بخبر بريد وخبر سماعة والحاصل انه يحمل المطلق منها على المقيد والمجمل على المفصل فيصير الحاصل ان عند انقطاع خبره اذا لم يكن من ينفق عليها مع ارادتها التزويج وجب رفع امرها الى الحاكم فيضرب لها المدة ويتفحص عن زوجها وبعد انقضائها يأمر وليه ان يطلقها واذا لم يكن له ولي او امتنع فيطلقها هو وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شائت مع ان هذا مقتضى الاحتياط ايضاً

لكن الانصاف ان ما ذكره صاحب الحدائق تبعاً للكاشانى من كفاية مضى اربع سنين مطلقاً ولو قبل الرفع الى الحاكم وكون الفحص من كل من كان فى الاربع او بعده وان اللازم تحقق الفحص ومضى الاربع سنين ليس كل البعيد بحمل ما فى خبر بريد وموثقة سماعة على التمثيل لا الحصر وعلى هذا فابتداء المدة يكون من حين تحقق الفقد وانقطاع خبره ﴿ مسئله ١١ ﴾ نفى البعد فى الجواهر عن كفاية فحص الحاكم اربع سنين وان لم يكن بعنوان التأجيل للمرأة والسكان هو خلاف ظاهر صحيح بريد وموثق سماعه (وفيه) ما لا يخفى من منافاته لما اصر عليه من لزوم الرفع الى الحاكم اولا (مسئلة ١٢) بناء على اشتراط الرفع الى الحاكم اذا لم يمكن الوصول اليه او كان قاصر اليد عن التصدى لهذه الامور فالظاهر قيام عدول المؤمنين مقامه وما فى المسالك من وجوب الصبر حينئذ عليها الى ان يعلم حاله لاستصحاب بقاء الزوجية مناف لما هو المعلوم من قيامهم فى مثل هذه الامور الحسبية والقاعدة نفى الضرر والحرج (مسئلة ١٣) اذا لم يمكن الفحص عن حاله فالظاهر عدم سقوطه واللازم الصبر الى ان يمكن لانه شرط فى جواز الطلاق ثم اذا علم انه لا يفيد معرفة بحاله فالظاهر سقوطه لان من المعلوم ان المقصود منه الاطلاع على حاله فاذا علم انه لا ينفع فى ذلك سقط وجوبه فيكفى مضى المدة كما انه اذا حصل اليأس من الاطلاع على حاله فى اثناء المدة سقط وكذا اذا تم الفحص قبل انقضائها واما اذا انقضت ولم يتم الفحص فهل يجب الصبر الى اتمامه فيما بعدها اولا وجهان احوطهما الاول ﴿ مسئلة ١٤ ﴾ يظهر من صاحب الحدائق اختصاص الحكم المذكور بما اذا كان المفقود مسافراً او غائباً فلا يشمل ما اذا كان فقده فى سفينة غرقت او فى معركة القتال لاختصاص النصوص بالغائب ففى غيره تتزوج المرأة من دون رفع الامر الى الحاكم ومن دون ضرب المدة بل بالقرائن الدالة على موته (وفيه) ان المفقود صادق على من كان فى معركة القتال او فى السفينة التى غرقت فلا فرق بين الغايب وغيره نعم اذا حصل العلم بموته بسبب القرائن لا حاجة الى الترافع وضرب المدة كما ان فى الغائب ايضاً اذا حصل العلم بالموت بسبب القرائن كذلك ﴿ مسئلة ١٥ ﴾ اذا فقد فى بلد معين او فى جهة معينة كفى الفحص فيه اذا علم عدم انتقاله الى غيره والا لزم الفحص فى جميع الجهات المحتملة كما اذا لم يعلم من الاول انه فى اى بلد او اى طرف

(مسئلة ١٦) اذا کان له زوجات متعددة و واحدة منهن رفعت الامر الى الحاکم من طرف نفسها و حصل الفحص و نحوه کفی ذلک للجمیع فیجوز للحاکم طلاق الکل مع ارادتهن ذلک علی اشکال بناء علی اشتراط الرفع الیه (مسئلة ١٧) یجوز للحاکم توکیل شخص للفحص بالبعث و الکتابة حتی نفس الزوجة (مسئلة ١٨) لا یشترط فی المبعوث العدالة بل تکفی الوثاقة (مسئلة ١٩) لا فرق فی الحکم المذکور بین کون الزوج حراً او عبداً کما لا فرق بین الحرة و الامة (مسئلة ٢٠) الظاهر اختصاص الحکم بالدوام بقرینة الطلاق و الانفاق (مسئلة ٢١) اذا لم یکن للمرأة ما ینفق علی نفسها فی الاجل المضروب وجب الانفاق علیها من بیت المال الا اذا حصل للمفقود مال او امکن الانفاق من ماله بعد ان لم یکن ممکناً فان اللازم حینئذ الانفاق من ماله (مسئلة ٢٢) لو انفق الولی او الحاکم علیها من مال الزوج ثم تبین موته قبل هذا تکون ضامنة و لا وجه لما فی المسالک من عدم ضمانها للامر به شرعاً و کونها محبوسة لاجله لان ذلک لا ینفع فی نفی الضمان کما فی سایر المقامات (مسئلة ٢٣) یجوز لها اختیار البقاء علی الزوجیة بعد رفع الامر الى الحاکم و تحقق الفحص و انقضاء الاجل اذا کان قبل الطلاق فلا یلزم علیها اختیار الطلاق او قبل امر الحاکم بالاعتداد علی القول بکفایته و اما اذا کان بعد الطلاق فلیس لها ذلک و اما بعد امر الحاکم فاشکال و ان کان لا یبعد جوازه اذا کان قبل الشروع فی العدة (مسئلة ٢٤) اذا وجد من ینفق علیها بعد تمام الفحص و انقضاء الاجل او فی اثنائه فمقتضی القاعدة انه لا یجب علیها البقاء و الصبر فالانفاق الموجب للصبر انما هو اذا کان قبل الرفع و ضرب الاجل لکن قد عرفت ان ظاهر خبر برید و خبر ابی الصباح وجوب الصبر و هو مشکل لمنافاته لسایر الاخبار (مسئلة ٢٥) قد عرفت انه یجوز لها ان تختار الصبر و البقاء علی الزوجیة بعد الفحص و انقضاء المدة و حینئذ لو اختارت البقاء یجوز لها العدول عنه الى اختیار الطلاق فلا تکون ملزمة بذلک و لو عدلت لا یلزم تجدید الفحص و ضرب الاجل بل تکتفی بالاول (مسئلة ٢٦) بناء علی اشتراط الطلاق فی جواز التزویج الظاهر ان العدة عدة الطلاق و ان کانت بقدر عدة الوفاة و حینئذ فیکون الطلاق رجعیا و تستحق النفقة فی ایامها و اذا ماتت یرثها الزوج کما انه اذا تبین موته فیها ترثه و لا حداد علیها و اما علی القول بعدم اشتراطه و کفایة امر الحاکم

بالاعتداد من دون طلاق فيشكل الحكم بالتوارث الا اذا تبين الحال فيحكم بمقتضاه من ارثه منها او ارثها منه وفى وجوب الحداد اشكال وكذا فى انعتاق ام ولده ومدبره وغير ذلك من الاحكام المترتبة على الموت هذا ولو مات احدهما بعد المدة فلا اشكال فى عدم الارث بناء على اشتراط الطلاق بل وكذا بناء على عدم اشتراطه وكفاية امر الحاكم بالاعتداد الا فى موثق سماعه من قوله ع فان قدم زوجها بعد ما تنقضى عدتها فليس له عليها رجعة فان مقتضاه انقطاع العصمة بينهما اذا كان حيا فمع الموت بالاولى (مسئلة ٢٧) اذا جاء زوجها او تبين حيوته بعد انقضاء الفحص والاجل فاما ان يكون قبل الطلاق او قبل الامر بالعدة واما ان يكون فى اثناء العدة واما ان يكون بعدها وقبل التزويج واما ان يكون بعده فعلى الاول لا اشكال فى بقائها على الزوجية وعلى الثانى لا اشكال فى ان له الرجوع حتى على القول بعدم الطلاق لقوله ع فى موثقة سماعة التى هى دليل هذا القول وان قدم وهى فى عدتها اربعة اشهر وعشراً فهو املك برجعتها ولا ترجع الى الزوجية قهراً فهى نظير المطلقة الرجعية فى ان للزوج الاختيار بين الابقاء على الطلاق وبين الرجوع وعلى الثالث فيه قولان اقويهما عدم جواز الرجوع وعلى الرابع لا اشكال فى عدم جوازه (مسئلة ٢٨) اذا تبين موته فى اثناء المدة او بعدها قبل الطلاق وجب عليها عدة الوفاة وان تبين فى اثناء العدة فيحتمل الاكتفاء باتمامها لان الحكم الشرعى صادر فى حقها ذلك ويحتمل وجوب استيناف عدة الوفاة كالو مات فى اثناء عدة الطلاق فى ساير المقامات وهذا احوط ان لم يكن اقوى وان تبين بعدها قبل التزويج او بعده فالاقوى ماهو المشهور من كفايتها خصوصاً اذا كان بعد التزويج سواء كان موته قبل المدة او فى اثنائها او بعدها او بعد التزويج لانقطاع العصمة بينهما كما اذا جاء حياً بعد العدة او بعد التزويج (والقول) بوجوب تجديد عدة الوفاة لو ظهر كون موته فيها لان الحكم بالبينونة كان مبنيا على الظاهر واجتهاد الحاكم وقد تبين خطائه بل يحتمل وجوب العدة عليها ثانيا وان لم يكن لما ذكر ضعيف مع انه لم يعلم قائله منا وانما هو قول بعض الشافعية (مسئلة ٢٩) لو بان بعد المدة عدم وقوع المقدمات على الوجه الصحيح بان تبين عدم تحقق الفحص على وجهه او عدم انقضاء المدة او عدم تحقق شروط الطلاق او نحو ذلك وجب التدارك ولو بالاستيناف ولو كان ذلك بعد

تزويجها من الغير كان باطلاً وان كان الزوج الثاني دخل بها حرمت عليه ابداً لانها كانت ذات بعل والعقد على ذات البعل كالعقد في العدة في ايجاب الحرمة الابدية مع الدخول وان كان جاهلاً (وقد يقال) بعدمها افاتبين كون العقد بعد موته لعدم كونها حينئذ ذات بعل في نفس الامر ولا في العدة لانها موقوفة على الطلاق الصحيح فهو نظير التزويج الواقع بعد الموت وقبل بلوغ الخبر لكنه مشكل واشكل منه ما عن القواعد من صحة التزويج حينئذ ايضاً لكن لا يبعد الاشكال في بطلان التزويج والاقوى الحرمة الابدية ايضاً لان الظاهر ان المناط في الحرمة الابدية العقد مع الدخول قبل انقضاء العدة لا الوقوع فيها (مسئلة ٣٠) قد عرفت وجوب الصبر عليها مع العلم بحيوة زوجها المفقود فلو صبرت مدة ثم صارت مشكوكة فالظاهر جريان الحكم المذكور عليه لدخوله حينئذ في موضوعه كما انه اذا كان له مال يصرف عليها كان يجب عليها الصبر فاذا صرف جميعه ولم يبق منه شيء دخل في موضوع الحكم وكذا اذا سرق او تلف بوجه آخر ولم يكن له ولي ينفق عليها ولا متبرع (مسئلة ٣١) اذا لم يكن له مال ولا ولي منفق هل يجب على الحاكم الانفاق عليها من بيت المال حتى يجب عليها الصبر اولا يجب حتى يجري عليها الحكم المذكور الظاهر عدم الوجوب وجواز اجراء الحكم المذكور عليها (مسئلة ٣٢) في المفقود الذي لم يعلم خبره وانه حي او ميت اذا لم يمكن اعمال الكيفيات المذكورة في تخليص زوجته لمانع من الموانع ولو من جهة عدم النفقة لها في المدة المضروبة وعدم وجود باذل من متبرع او من ولي الزوج لا يبعد جواز طلاقها للحاكم الشرعي مع مطالبتها وعدم صبرها بل وكذا المفقود المعلوم حيوته مع عدم تمكن زوجته من الصبر بل وفي غير المفقود ممن علم انه محبوس في مكان لا يمكن مجيئه ابداً وكذا في الحاضر المعسر الذي لا يتمكن من الانفاق مع عدم صبر زوجته على هذه الحالة ففي جميع هذه الصور واشباهها وان كان ظاهر كلماتهم عدم جواز فكها وطلاقها للحاكم لان الطلاق بيد من اخذ بالساق الا انه يمكن ان يقال بجوازه لقاعدة نفي الحرج والضرر خصوصاً اذا كانت شابة واستلزم صبرها طول عمرها وقوعها في مشقة شديدة ولما يمكن ان يستفاد من بعض الاخبار كصحيح ربعي والفضيل بن يسار عن ابي عبد الله ع في قول الله عز وجل ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله قال اذا انفق عليها ما يقيم

ظهرها مع كسوة والا فرق بينهما وصحيح ابى بصير قال سمعت اباجعفر ع يقول من كانت عنده امرأة فلم يكسها مايوارى عورتها ويطعمها مايقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما والصحيح عن ابن ابى عمير عن جميل بن دراج قال لايجبر الرجل الا فى نفقة الابوين والولد قال ابن ابى عمير قلت لجميل والمرأة قال قدروى عنبسه عن ابى عبدالله ع قال اذا كساها مايوارى عورتها ويطعمها مايقيم صلبها قامت معه والاطلقها اذالظاهر ان المراد انه يجبر على طلاقها واذا لم يمكن اجباره لغيبة فيتولى الحاكم الشرعى طلاقها والمروى عن ابى عبدالله ع ان النبى ص قال انا اولى بكل مؤمن من نفسه و (على) اولى من بعدى فقيل له مامعنى ذلك فقال قول النبى ص من ترك ديناً او ضياعاً فعلى ومن ترك مالا فللورثة فالرجل ليست له على نفسه ولاية اذا لم يكن له مال وليس له على عياله امر ولا نهى اذا لم يجر عليهم النفقة والنبى ص وامير المؤمنين ع ومن بعدهما الزمهم هذا فمن هنا صار اولى بهم من انفسهم فيستفاد من هذه الاخبار ان مع عدم النفقة يجوز اجبار الزوج على الطلاق واذا لم يمكن ذلك لعدم حضوره للامام ان يتولاه والحاكم الشرعى نايب عنه فى ذلك واذا كان عدم طلاقها وابقاؤها على الزوجية موجبا لوقوعها فى الحرام قهراً او اختياراً فاولى بل اللازم فكها حفظاً لها عن الوقوع فى المعصية ومن هذا يمكن ان يقال فى مسئلة المفقود اذا امكن اعمال الكيفيات المذكورة من ضرب الاجل والفحص لكن كان موجبا للوقوع فى المعصية يجوز المبادرة الى طلاقها من دون ذلك (مسئلة ٣٣) لا اشكال فى ان عدة الطلاق من حين وقوعه حاضراً كان الزوج او غائبا كما عليه المشهور بل عن الناصريات الاجماع عليه للنصوص القريبة من التواتر فلو طلقها غائبا ولم تعلم به حتى انقضت المدة بل ولو الى سنة او اكثر كفى وخرجت عن العدة ففى صحيح محمد بن مسلم عن ابى جعفر ع اذا طلق الرجل المرأة وهو غائب ولم تعلم الا بعد ذلك بسنة او اكثر او اقل فاذا علمت تزوجت ولم تعتد وفى صحيح ابى بصير عن الصادق ع سئل عن المطلقة يطلقها زوجها فلا تعلم الا بعد سنة فقال ان جاء شاهدا عدل فلا تعتدوا الا فلتعتد من يوم يبلغها والقول بانها من حين بلوغ الخبر كما عن ابى الصلاح شاذ ولا وجه له الى دعوى ان ظاهر الامر بالتربص فى الاية ذلك وهو على فرض تسليمه يجب الخروج عنه بالاخبار المستفيضة والا دعوى ان العدة من العبادات فتحتاج

الى النية وهى ممنوعة (واما عدة الوفاة) فالمشهور انها فى الحاضر من حينها وفى الغايب من حين بلوغ الخبر وعن السراير نفى الخلاف فيه وعن الناصريات الاتفاق عليه ويدل عليه المستفيضة من الاخبار الصحيحة وغيرها « منها » صحيح البزنطى عن الرضا ع قال سئله صفوان بن يحيى وانا حاضر عن رجل طلق امرأته وهو غايب فمضت اشهر فقال اذا قامت البينة انه طلقها منذ كذا وكذا وكانت عدتها قد انقضت فقد حلت للازواج قال فالمتوفى عنها زوجها قال ع هذه ليست مثل تلك هذه تعتد من يوم يبلغها الخبر لان عليها ان تحد ونحوه فى الاشتمال على التعليل صحيح بريد بن معويه وصحيح ابن ابى نصر وخبر حسن بن زياد (واما) صحيح الحلبي عن ابى عبد الله ع قلت له امرأة بلغها نعى زوجها بعد سنة او نحو ذلك فقال ان كانت حبلى فاجلها ان تضع حملها وان كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها اذا قامت لها البينة انه مات فى يوم كذا وكذا وان لم تكن لها بينة فلتعتد من يوم سمعت وخبر حسن بن زياد وخبر وهب بن وهب المخالفة لتلك المستفيضة فهى شاذة محمولة على التقية فلا وجه للعمل بها كما عن ابن الجنيد فى مقابله تلك ولا الجمع بين الفرقتين بحمل المتقدمة على الاستحباب كما مال اليه صاحب المسالك كما انه لا وجه للتفصيل بين المسافة القريبة كيوم او يومين او ثلثة فمن حين الوفاة والبعيدة فمن حين بلوغ الخبر كما عن الشيخ فى التهذيب جمعا بين الفرقتين بشهادة صحيح منصور عن ابى عبد الله ع فى المرأة يموت زوجها او يطلقها وهو غائب قال ان كانت مسيرة ايام فمن يوم يموت زوجها تعتد وان كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر لانها لا بدان تحد له لعدم صلاحيته للشهادة فلا يبقى الاشكال فى صحة ما ذكره المشهور (مسئلة ٣٤) ظاهر المشهور حيث جعلوا العنوان الغايب والحاضر ان المدار فى التفصيل المذكور على الغيبة والحضور فلو كان الزوج حاضرا ولم يبلغها خبر موته الا بعد مدة لمانع من مرض او حبس او نحو ذلك تكون العدة من حين الوفاة لكن الاقوى ان المدار على الاطلاع بالموت وعدمه وان التعبير بالغايب منزل على الغالب خصوصا بملاحظة التعليل بالحداد مع انه يمكن تنزيل كلامهم ايضاً على الغالب (مسئلة ٣٥) مقتضى اطلاق الاخبار بل وكلمات العلماء عدم الفرق فى الزوجة بين الحرة والامة كما لا فرق فى الزوج بين الحر والعبد لكن يمكن ان يقال ان عدة الامة من حين الموت حتى فى الغايب

بملاحظة التعليل لان المفروض عدم وجوب الحداد عليها لكن الاحوط عدم الفرق (مسئلة ٣٦) الظاهر عدم الفرق في الزوج بين البالغ وغيره والمجنون والعاقل واما الزوجة اذا كانت مجنونة او صغيرة فعدتها من حين الوفاة لعدم الاعتبار بعلمها وعدمه فلا يجب عليهما الاعتداد بعد البلوغ والافاقة وجعل المناط بلوغ الخبر الى الولي وعدمه بعيد مع ان مقتضى الاصل والقاعدة كون العدة من حين تحقق السبب وايضا لا يبعد دعوى انصراف الاخبار عنهما (مسئلة ٣٧) التفصيل المذكور مختص بالزوجة فلا يشمل ام الولد التي مات سيدها ولا الامة المحللة اذا مات المحلل له بناء على وجوب العدة عليها بموته ثم ان الزوجة منصرفة الى الدائمة فشمول الحكم للمنقطعة مشكل خصوصاً اذا قلنا بعدم وجوب الحداد عليها (مسئلة ٣٨) ذكر جماعة انه لا يشترط في المخبر بالموت كونه عدلاً فيكفي اخبار الفاسق ايضاً في الاعتداد من حينه وفي الجواهر لم اجد فيه خلافا لكن التزويج لا يجوز الا بعد الثبوت شرعا قال في الشرايع ومن الوفاة من حين البلوغ ولو اخبر غير العدل لكن لا تنكح الا بعد الثبوت وفائدته الاجتزاء بتلك العدة بل صرح في المسالك بعدم الفرق بين الصغير والكبير والذكر والانثى لصدق كونه مخبراً ومبلغا ومراده ان اطلاق الاخبار يشمل الجميع وقد يستدل لهم بخبر ابي الصباح عن ابي عبدالله ع التي يموت عنها زوجها وهو غايب فعدتها من يوم يبلغها ان قامت لها البينة اولم تقم فانه ظاهر في ان مجرد البلوغ يكفي ولو لم تقم بينة هذا ولكن الانصاف ان الظاهر من البلوغ شرعا بالبينة او خبر عدل واحد بناء على حجيته في الموضوعات او خبر محفوف بالقراين فيمكن ان يكون المراد من قوله اولم تقم مثل هذا فالاكتفاء بخبر الفاسق والصغير مشكل واحوط عدمه مع ان من البعيد صحة الاعتداد وعدم كفايته في جواز النكاح (مسئلة ٣٩) عدة الفسخ من حينه كالطلاق واما عدة الوطي بالشبهة فهل هي من حينه او من حين ارتفاعها وجوه ثالثها الفرق بين الوطي المجرد عن العقد فمن حينه والوطي بعد العقد شبهة فمن حين ارتفاعها ﴿ مسئلة ٤٠ ﴾ لو علمت بالطلاق ولم تعلم وقتها حتى تحسب من ذلك الوقت اخذت من وقت اليقين بوقوعه فان انقضت عدتها فهو والا اكملتها بعد ذلك لكن في الشرايع اعتدت عند البلوغ وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه ولعل نظرهم الى صحيح الحلبي

عن الرجل يطلق امرأته وهو غايب عنها من اي يوم تعتد فقال ان قامت لها بينة عدل انها طلقت في يوم معلوم وتيقنت فلتعتد من يوم طلقت وان لم تحفظ في اي يوم او اي شهر فلتعتد من يوم يبلغها ويمكن حمله على ما اذا احتمل تأخر الطلاق الى حين بلوغ الخبر لكنه بعيد فالاولى العمل به بل لا يترك الاحتياط به

﴿ الفصل الثاني في عدة الاماء والاستبراء ﴾

وانما تعتد الامة اذا كانت زوجة موطوئة بالزوجية لا بملك يمين فانها تستبرء الا في ام الولد فانها ايضاً تعتد بموت سيدها للنص الخاص ولعل ذلك لانها من حيث كونها ام ولده كانها زوجته فالاصل في الاماء الاستبراء الا اذا كانت زوجة او ام ولد او مدبرة او نحوها مما سيأتي كما ان الاصل في الحرائر العدة الا في الزنا حيث يستحب استبراء رحمها من ماء الفجور والفرق بينهما ان الاستبراء انما هو لمجرد براءة الرحم من غير تكرر ولذا يسقط في جملة من الموارد بخلاف العدة فانها تعبد شرعي بمقدار معين فيه حكمة جعلها استبراء الرحم ولعل تسميتها بالعدة بلحاظ تكررها بالاقراء والاشهر فهي ماخوذة من العدد وقد يستعمل كل واحد منهما مقام الاخر (مسئلة ١) عدة الامة نصف عدة الحرة والظاهر عدم الفرق بينهما الا في هذا كما هو القاعدة المستفادة من الشرع في كل حكم يقبل الزيادة والنقصان كالحدود والقسم وبعدد المنكوحات وعدد الطلقات الموجبة للحرمة الا بالمحلل وشهر ونصف في عدة غير ذوات الاقراء ومقتضى هذا وان كان اللازم كون عدة ذوات الاقراء من الاماء طهر او نصف او حيضة ونصفها الا انه لما لم يعلم النصف منهما الا بعد انتهائهما جعلت العدة طهرين او حيضتين كما جعل عدد الطلاق الموجب للحاجة الى المحلل فيهن طلقتين لعدم قبول الطلاق للتنصيف حتى يجعل طلقة ونصف التي هي نصف ثلث طلقات ﴿ مسئلة ٢ ﴾ لا خلاف في ان عدة الامة في الطلاق مع البلوغ والدخول وعدم الياس وكونها حائلاً قرءان والمشهور شهرة عظيمة انهما طهران وعن القديمين وبعض المتأخرين كسيدي المدارك والرياض وصاحبي الكفاية والحدائق انهما حيضتان والاقوى الاول لما اشرنا اليه من ان الظاهر عدم الفرق في العدة بين الحرة والامة الا انها في الامة نصف الحرة وقد مر سابقاً ان عدة الحرة بالاطهار فتكون الامة كذلك ولصحيح زرارة عن ابي جعفر ع عن حر تحته امة

او عبد تحته حرة كم طلاقها وكم عدتها فقال السنة فی النساء فی الطلاق فان كانت حرة فطلاقها ثلثا وعدتها ثلثة اقراء وان كان حراً تحته امة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرءآن فانه كالصريح فی اتحاد المراد من القرء فی الحرة والامة واذا كان فی الحرة بمعنى الطهر كما مر فكذا فی الامة هذا مع ان فی جملة من الاخبار ان القرء هو الطهر ففی صحيح زرارة كان علی ع يقول ان القرء الطهر يقرء فيه الدم فتجمعه فاذا جاء الحيض دفعته وفی خبر عن ابی جعفر ع القرء ما بين الحيضتين (واستدل) للقول الثانی بجملة من الاخبار الدالة علی ان عدة الامة حيضتان كصحيح محمد بن مسلم عن ابی جعفر ع قال عدة الامة حيضتان واذا لم تكن تحيض فنصف عدة الحرة وصحيح سليمان بن خالد عن ابی عبد الله عن الامة اذا طلقت ما عدتها قال حيضتان او شهران وخبر محمد بن قيس طلاق العبد للامة تطليقتان واجلها حيضتان ان كانت تحيض وان كانت لا تحيض فاجلها شهر ونصف الی غير ذلك وحيث لا معارض لها فی المقام فاللازم العمل عليها والجواب انه يكفی فی المعارض الصحيح المذكور والتقريب المسطور الموافق لعمل المشهور فاللازم حمل الاخبار المذكورة علی التقية كما حملت عليها اخبار الحيض فی عدة الحرة ويمكن حملها علی ارادة الدخول فی الحيضة الثانية لا تمامها او ارادة الامساك عن التزويج الی انقضائها وكيف كان فقول المشهور هو الاقوی وان كان الاحوط ما ذكره الجماعة (مسئلة ٣) لا فرق فی الامة بين كونها تحت حراً او عبد فان المناط فی العدة كون الزوجة حرة او امة لا كون الزوج حراً او عبداً (مسئلة ٤) لا فرق فی الحكم المذكور بين القن والمدبرة والمكاتبة وام الولد اذا زوجها المولی وطلقها الزوج (مسئلة ٥) الفسخ بسبب العيوب او بسبب بيعها او بيع زوجها كالطلاق فی العدة (مسئلة ٦) اذا وطئت شبهة ففی كون الحكم الاستبراء او العدة وجهان مقتضی الاستصحاب الثانی مع انه احوط (مسئلة ٧) المبعضة كالحرة تغليبا لجانب الحرية وللاستصحاب

(مسئلة ٨) اقل عدة تنقضی بمدتها ثلثة عشر يوما ولحظتان ويمكن ان يكون عشرة ايام ولحظتين فيما اذا طلقها بعد الوضع وقبل رؤية الدم بلحظة ثم رأت لحظة (مسئلة ٩) اذا كانت لا تحيض وهی فی سن من تحيض فعدتها خمس واربعون يوما كما فی مضمر سماعة وخبر ابی بصير او خمس واربعون ليلة كما فی خبر اخر ولا اشكال فی ذلك وكذا اذا كان طهرها

ازيد من شهر ونصف (ومافى) صحيح سليمان بن خالد من انها شهران فشاذ لاعامل به (مسئلة ١٠) اذا لم تكن مستقيمة الحيض فعدتها اسبق الامرين من الطهرين وشهر ونصف (مسئلة ١١) قد عرفت ان في بعض الاخبار ان عدة الامة خمس واربعون وفي بعضها انها شهر ونصف وعرفت ايضاً ان عدة الامة نصف عدة الحرة فيكون المناط هو الثانى وقد مران الشهر فى عرف الشرع بل مطلقا هو الهلالى فعلى هذا ان كان الطلاق فى اول روية الهلال يحسب الشهر الاول هلاليا ويضم اليه خمسة عشر يوما من الشهر الثانى وان كان فى اثناء الشهر مع كون الباقى خمسة عشر يوما فيؤخذ الثانى هلاليا وان كان الباقى اقل او اكثر فاللازم خمس واربعون يوما وهذا هو الاكثر فيكون الخبر الدال عليه منزلا على الغالب والمراد من اليوم فى الخبر هو مع الليل كان المراد من الليل فى الخبر الاخر هو مع يومه فهى خمس واربعون يوما بلياليها (مسئلة ١٢) اذا اعتقت الامة قبل الطلاق ثم طلقها زوجها فاللازم عليها عدة الحرة واذا اعتقت بعد الطلاق فى اثناء العدة فهل اللازم اتمامها عدة الحرة او عدة الامة قد يقال ان مقتضى القاعدة الثانى لان المفروض انها طلقت وهى امة فلزمها حكمها من غير فرق بين الطلاق الرجعى والباين ويمكن ان يقال ان مقتضاها الاول لصدق انها حرة فلتعتد وعدة الحرة كذا فتنقلب عدتها كما انها انقلبت من الرقية الى الحرية وهذا ايضا من غير فرق بين الرجعى والباين ولا يبعد كون هذا اظهر لان الحكم فى الاخبار معلق على موضوع الحرة والامة هذا لكن الاقوى كما هو المشهور الفرق بين الباين والرجعى ففى الاول تكملها عدة الامة وفى الثانى عدة الحرة لانها على الثانى زوجة او بحكمها بخلافها على الاول لانقطاع العصمة بينهما بل لانه مقتضى الجمع بين الاخبار فان فى بعضها انها تعتد عدة الحرة وفى بعضها انها تعتد عدة الامة فيحمل الاول على الثانى والثانى على الاول بشهادة خبر مهزم الدال على التفصيل المذكور واما اذا كان عتقها بعد انقضاء عدة الامة فلا اشكال فى كفايتها من غير فرق بين الرجعى والباين (مسئله ١٣) قد مر ان عدة الامة الحامل وضع حملها كما

في الحرة (مسئلة ١٤) اختلفوا في عدة الامة المتوفى عنها زوجها على اقوال فمن الصدوق وابن ادريس وجماعة اخرى انها كالحرة اربعة اشهر وعشرة ايام لجملة من الصحاح وغيرها كصحيح زرارة ان الحرة والامة كلتيهما اذا مات عنهما زوجهما سواء في العدة الا ان الحرة تحد والامة لا تحد (وصحيحة) الاخرى لزرارة كل النكاح اذا مات الزوج فعلى المراة حرة كانت اوامة وعلى اى وجه كان النكاح من متعة او تزويج او ملك يمين فالعدة اربعة اشهر وعشراً وموثق سليمان بن خالد عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرا وخبر وهب بن عبدربه على مافي الفقيه عن رجل كانت له ام ولد ومات ولدها منه فزوجها من رجل فاولدها غلاما ثم ان الرجل مات فرجعت الى سيدها اله ان يطاها قبل ان يتزوج بها قال لا يطاها حتى تعتد من الزوج الميت اربعة اشهر وعشرة ايام ثم يطاها بالملك من غير نكاح الى غير ذلك (وعن المفيد) وابن ابي عقيل وابن الجنيد وسلار انها شهران وخمسة ايام لقاعدة التنصيف وصحيح الحلبي عدة الامة اذا توفى عنها زوجها شهران وخمسة ايام وصحيح محمد بن قيس وان مات عنها زوجها فاجلها نصف اجل الحرة شهران وخمسة ايام وخبر ابي بصير وخبر محمد بن مسلم ومضمر سماعه وعن جماعة بل استند الى الاشهر وفي الرياض بل لعل عليه عامة من تأخر التفصيل بين مالو كانت ام ولد لمولاها فكالحرة اولا فخمسة واربعون جمعاً بين الاخبار بحمل الاولى على ام الولد والثانية على غيرها بشهادة صحيحة سليمان بن خالد عن الامة اذا طلقت ماعدتها فقال حيضتان اوشهران حتى تحيض قلت فان توفى عنها زوجها فقال ان علياً عليه السلام قال في امهات الاولاد لا يتزوجن حتى يعتددن باربعة اشهر وعشراً وهن اماء وخبر وهب بن عبدربه على رواية الكليني الساقط فيها قوله ثم مات ولدها منه حيث خص في الاولى بامهات الاولاد وكذا في الثانية وفيه ان الظاهر ان نقل ماعن علي ع ليس لبيان اختصاص الحكم بامهات الاولاد بل لبيان انه ع اذا قال في امهات الاولاد ان الحكم كذا مع انهن اماء فيظهر ان حكم الاماء ذلك فلا دلالة فيها على الاختصاص فقوله ع وهن اماء ليس قيداً في الحكم ليدل على الاختصاص (واما) خبر وهب (فاولاً) معارض بما في رواية الفقيه من

ثبوت قوله فمات ولدها فيكون صريحاً في كون العدة اربعة اشهر وعشرا في غير ام الولد (وثانياً) غاية الامر ان مورده صورة كونها ام ولد فلا يدل على الاختصاص اذ المورد غير مخصص فيكون التعارض بين الطائفتين باقياً على حاله والاقوى القول الاول لارجحية اخباره بموافقتها لعموم الكتاب ومخالفتها للعامة لان مذهب جماعة منهم على ما قيل هو التنصيف مع انه يمكن حمل الفرقة الثانية على التقية وعلى فرض التساوي فمقتضى الاستصحاب هو القول الاول (مسئلة ١٥) اذا كانت الامة المتوفى عنها زوجها حبلى من الزوج فعدتها ابعد الاجلين من الوضع والاشهر كالحرة بلا اشكال ولا خلاف كل على مذهبه ﴿ مسئلة ١٦ ﴾ لو طلقها الزوج ثم مات وهي في العدة فان كان الطلاق بائناً اتمت عدة الطلاق وان كان رجعياً استأنفت عدة الوفاة كل على مذهبه من اربعة اشهر وعشرا كما هو المختار او شهرين وخمسة ايام مطلقا او في غير ام الولد كما على القولين الاخرين (مسئلة ١٧) لو مات زوج الامة ثم اعتقت اتمت عدة الحرة اما على القول بان عدتها عدة الحرة فواضح واما على القول الاخر فكذلك بناء على ان المدار على حالها الفعلي لا حال ثبوت المدة كما لا يبعد ومرت الاشارة اليه ولصحيح جميل وهشام بن سالم عن ابي عبد الله في امة طلقت ثم اعتقت قبل ان تنقضي عدتها قال تعتد بثلث حيض فان مات عنها زوجها ثم اعتقت قبل ان تنقضي عدتها فان عدتها اربعة اشهر وعشرا ﴿ مسئلة ١٨ ﴾ هل يجب على الامة العدة او الاستبراء من موت سيدها اولا حكي عن جماعة الاتفاق على عدمها اذا كانت مزوجة وفي (ص) بل او في عدة من زوج بل وبعد انقضاء العدة اذا لم يكن قد وطاها السيد (قلت) وبل اذا علم براءة رحمها وان كانت موطوئة للسيد اذ الظاهر عدم الاشكال في عدم وجوب العدة عليها بمثل العدة في وفات الزوج بحيث لم يكن فرق بين الصغيرة والكبيرة واليائسه وغيرها والمدخول بها وغيرها فمع عدم وطئها لا اشكال في عدم شيء عليها من وفاة سيدها بل وكذا مع العلم ببرائة رحمها وانما الكلام فيما اذا كان وطئها ولم يسقط حكمه بالتزويج او العلم ببرائة رحمها ويذكر حكمه في طي مسائل ﴿ مسئلة ١٩ ﴾ كل مورد شك في انه من موارد العدة او من موارد الاستبراء

القن يكتفي فيه حيضة واحدة فمقتضى الاصل في الاماء وان كان هو الاستبرآء الا ان مقتضى الاستصحاب وجوب العدة على اشكال مع فرض العلم بوجوب احد الامرين في ذلك المورد وان كان مما لا يجب فيه شيء على فرض كونه من باب الاستبرآء بان كان من الموارد المستثنات منه فمقتضى الاصل البرآئة لعدم العلم بوجوب شيء عليها ﴿ مسئلة ٢٠ ﴾ المشهور وجوب العدة اربعة اشهر وعشرا على الامة المدبرة بموت سيدها اذا كان قد وطاها وفي الجواهر بلا خلاف اجده من غير الحلي وهو الاقوى لصحيحة داود الرقي عن ابي عبدالله ع في المدبرة اذا مات عنها مولها ان عدتها اربعة اشهر وعشراً من يوم موت سيدها اذا كان سيدها يطاها خلافاً للحلي لان لزوم العدة حكم شرعي يحتاج الى دليل ولا دلالة على ذلك من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا اجماع منعقد والاصل برائة الذمة ﴿ وفيه ﴾ انه يكفي في الخروج من الاصل الخبر الصحيح الصريح المعمول به مع ان مقتضى الاستصحاب ايضاً ذلك كما عرفت ويلحق بالمدبرة الموصى بعتقها لخبر ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل اعتق وليدته عند الموت فقال عدتها عدة الحرة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشراً فان الظاهر ان المراد عتقها بالوصية مع انه يكفي الاطلاق الشامل للمنجز والوصية مع ان الاصل كما عرفت ذلك بعد كون المراد الوليدة الموطوئة ﴿ مسئلة ٢١ ﴾ اذا اعتق امته الموطوئة له منجزا في حيوته فعدتها عدة الحرة اذا ارادت ان تتزوج بغيره وهي ثلثة قروء او ثلثة اشهر وان مات عنها سيدها فتعتد من موته عدة الحرة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرا على المشهور خلافاً للحلي ويدل على ما ذكره المشهور جملة من الاخبار ﴿ منها ﴾ خبر زرارة عن ابي جعفر ع في الامة اذا غشيها سيدها ثم اعتقها فان عدتها ثلث حيض فان مات عنها فاربعة اشهر وعشراً ﴿ ومنها ﴾ حسنة الحلبي عن ابي عبد الله ع قلت الرجل تكون تحته السرية فيعتقها فقال لا يصلح ان تنكح حتى تنقضي ثلثة اشهر وان توفى عنها فعدتها اربعة اشهر وعشراً ﴿ ومنها ﴾ حسنة الاخرى عنه ع عن رجل يعتق سريته ايصلح ان يتزوجها بغير عدة قال نعم قلت فغيره قال لا حتى تمضي ثلثة اشهر ﴿ ومنها ﴾ الموثق اذا اعتق رجل جاريته

ثم اراد ان يتزوجها مكانه فلاباس ولاتعتد من مائه وان ارادت ان تتزوج من غيره فلها مثل عدة الحرة ﴿ ومنها ﴾ عن ابي بصير قلت لابي عبد الله ع الرجل تكون عنده السريه وقد ولدت منه ومات ولدها ثم يعتقها قال لايحل لها ان تتزوج حتى تنقضي عدتها ثلثة اشهر الى غير ذلك ولامعارض لها فلااشكال في وجوب العمل بها وخلاف الحلي لاوجه له الادعوى عدم الدليل بناء على عدم جواز العمل بالاخبار الظنية ومن اخبار المقام حسنة الحلبي عن ابي عبدالله ع في رجل كانت له امة فوطئها ثم اعتقها وقد حاضت عنده حيضة بعدما وطئها قال تعتد بحيضتين قال ابن ابي عمير وفي حديث آخر تعتد بثلث حيض ويظهر منها كفاية كون بعض العدة بعد الوطي وقبل العتق وهو مشكل وعن صاحب المدارك في شرح النافع ولااعلم بمضمونها قائلاً قلت وعلى فرض العمل به لازمه عدم العدة بعد العتق اذا مضى مقداره بعد الوطي وقبله وعلى اى حال بناء على المختار من كون عدة الحرة هي الاطهار لابد من الحمل على الدخول في الحيضة الاخيرة كان اللازم ذلك في خبر زرارة في قوله ع فان عدتها ثلث حيض (مسئلة ٢٢) في وجوب العدة على الامة الموطوئة وعدمه بموت سيدها في غير الموارد المذكورة خلاف فعن الشيخ في كتابي الاخبار وجوبها كالحرة مطلقاً ام ولد كانت اولا وعن ابن ادريس عدمه مطلقاً وان حكمها الاستبراء وعن جماعة التفصيل بين ام الولد فتجب العدة وغيرها فالاستبرآء ويمكن ان يستدل على وجوب العدة بصحيحة زرارة السابقة يا زرارة كل النكاح اذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت او امة وعلى اى وجه كان النكاح من متعة او تزويج او ملك يمين فالعدة اربعة اشهر وعشراً وموثق اسحق بن عمار عن الكاظم ع سئلته عن الامة يموت سيدها قال تعتد عدة المتوفى عنها زوجها وفي خصوص ام الولد بما في صحيح سليمان بن خالد السابق ان عليا ع قال في امهات الاولاد لايتزوجن حتى يعتددن باربعة اشهر وعشراً بناء على ارادة الاعم من موت الزوج والسيد مع ان ام الولد بمنزلة الزوجة وكيف كان لايبعد قوة قول الشيخ ويكفي فيه موثق اسحق حجة مع الاغماض عن البقية مع انه مقتضى الاستصحاب كما عرفت (مسئلة ٢٣) اذا اعتق امته الموطوئة ثم اراد ان يتزوجها من حينه جاز له ذلك ولا حاجة الى خروجها

عن عدته واما العدة تجب اذا ارادت ان تتزوج بغيره كما صرحت بها الحسنة الثانية للحلبي والموثقة (مسئلة ٢٤) لافرق قياسا من عدة الطلاق والوفات بين الحرة المسلمة والذمية على المشهور وقيل ولم يعلم قائله ان الذمية فى عدة الطلاق كالامة لصحيحة زرارة عن ابى جعفر ع سئلته عن نصرانية كانت تحت نصرانى فطلقها هل عليها عدة منه مثل عدة المسلمة فقال لا لان اهل الكتاب مماليك للامام الى ان قال قلت فما عدتها ان اراد المسلم ان يتزوجها قال عدتها عدة الامة حيضتان او خمسة واربعون يوما قبل ان تسلم الى ان قال قلت فان مات عنها وهى نصرانية وهو نصرانى فاراد رجل من المسلمين ان يتزوجها قال لا يتزوجها المسلم حتى تعتد من النصرانى اربعة اشهر وعشرا عدة المسلمة المتوفى عنها زوجها الحديث والمشهور اعرضوا عنها وطرحوها لكن عن سيد المدارك فى شرح النافع ان المسئلة محل تردد ولاريب ان اعتدادها عدة المسلمة طريق الاحتياط قلت وهو كذلك لكن الاقوى المشهور لعدم مقاومتها بعد اعراض المشهور عنها للعمومات والمطلقات مع ان مقتضى الاستصحاب ايضاً ماذكروه (مسئلة ٢٥) هل حكم المحللة بعد انقضاء مدة التحليل اورجوع المالك عن تحليله اوموت المحلل له العدة اوالاستبرآء قال فى الجواهر لم اقف على من تعرض لحكم الامة المحللة نعم فى الوافى انه لا يبعد حمل خبر ليث المرادى قلت لابى عبدالله ع كم تعتد الامة من ماء العبد قال حيضة على ما اذا كانت محللة للعبد وظاهره المفروغية من ان حكمها الاستبرآء لا الاعتداد قلت هو كذلك خصوصا على ماهو المشهور من كونه اباحة لاعقداً لكن مقتضى الاحتياط بل والاستصحاب العدة (مسئلة ٢٦) لو وطئت الامة بالشبهة فالظاهر ان الحكم فيها الاستبرآء ولو كانت الشبهة بالعقد عليها وكذا فى كل مورد عقد عليها ثم بعد الوطى تبين بطلان العقد فاذكروه من ان عدة وطى الشبهة مثل عدة الطلاق انما هو فى الحرة

﴿ الفصل الثالث فى عدة المتعة ﴾

﴿ مسئلة ١ ﴾ اختلفوا فى عدة المتمتع بها اذا كانت من ذوات الاقرآء مع الدخول وعدم الحمل وعدم اليأس على اقوال (احدها) انها حيضتان نسب الى المشهور

واستدلوا بحسنة اسمعيل بن الفضل عن ابي عبدالله ع فاذا انقضى الاجل بانت منه بغير طلاق ويعطيها الشيء اليسير وعدتها حيضتان وخبر ابي بصير قال سئلت ابا جعفر ع عن المتعة قال نزلت في القرآن الا ان قال فلا تحل لغيرك حتى تنقضي لها عدتها وعدتها حيضتان وقد يستدل بما في صحيحة زرارة عن الباقر ع ان على المتعة ما على الامة بضميمة رواية محمد بن الفضيل عن ابي الحسن الماضي ع قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان اذ يجتمع من الروايتين ان عدة المتعة حيضتان (وفيه) ان الظاهر بقرينة صدر رواية زرارة ان المراد المماثلة بين المتعة والامة في الاشهر لا مطلقا وهي عن ابي جعفر ع قال وعدة المطلقة ثلثة اشهر والامة المطلقة عليها نصف ما على الحرة وكذلك المتعة عليها مثل ما على الامة لا اقل من الاحتمال المسقط للاستدلال (الثاني) انها حيضة واحدة وهو المحكي عن ابن ابي عقيل ويدل عليه صحيحة زرارة عن ابي عبدالله ع عدة المتمتعة ان كانت تحيض فحيضة وان كانت لا تحيض فشهر ونصف وخبر عبدالله بن عمر قال سئلت اباعبدالله ع عن المتعة الى ان قال فقلت فكم عدتها فقال خمسة واربعون يوما او حيضة مستقيمة وخبر محمد بن ابي نصر عن الرضا ع عن ابي جعفر ع قال عدة المتعة حيضة وقال خمسة واربعون يوما لبعض اصحابه والظاهر ان المراد من قوله وقال خمسة الى اخره انه قال عدتها حيضة وقال لبعض اصحابه خمسة واربعون ومراده في صورة عدم رؤية الحيض وخبر الاحتجاج الوارد في المتعة في اخره اقل العدة حيضة وطهرة تامة لكن يمكن ان يستدل به للقول الاول بناء على كفاية المسمى في الحيضة الثانية فان الطهر التام لا يتحقق الا بعد الدخول في الحيض (الثالث) ما عن الصدوق في المقنعة من انها حيضة ونصف ويدل عليه صحيح بن الحجاج عن ابي عبدالله ع عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة قال تعتد اربعة اشهر وعشرا واذا انقضت ايامها وهو حي فحيضة ونصف مثل ما يجب على الامة ويمكن ان يكون المراد من حيضة ونصف الكناية عن شهر ونصف والا فليس في الامة كذلك (الرابع) انها طهران وهو المحكي عن المفيد والحلي والمختلف وهو ظاهر الشهيد في المسالك ولا دليل على هذا القول اصلا ثم استدل له في المسالك بحسنة زرارة عن الباقر ع ان كان حر تحته امة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرءان منضمة الى ما في الرواية المتقدمة

من ان المتعة عليها مثل ما على الامة بعد دعوى ان القرء بمعنى الطهر ولا يخفى ما فيه فهذا القول ساقط كسابقه ويبقى الاولان والثاني وان كان اخباره ازيد من الاول الا ان الاقوى هو الاول لرجحانه بالشهرة وشذوذ الثاني مع ان مقتضى الاستصحاب ايضاً على فرض التكافؤ هو الاول وان كان يمكن الجمع بينهما بحمل اخبار الاول على الاستحباب لكنه بعيد ثم ان الظاهر ان المراد الحيضتان الكاملتان ولا يكفي المسمى في الاولى او الثانية اوكلتيهما ﴿ مسئلة ٢ ﴾ لا فرق في الصورة المزبورة بين كون المتمتع بها حرة او امة على الاقوال المذكورة لاطلاق الاخبار وكلمات العلماء بل ادعى بعضهم الاجماع على ذلك ﴿ مسئلة ٣ ﴾ الحاجة الى العدة انما هي فيما لو اراد الغير تزويجها واما بالنسبة الى الزوج فلا اشكال في جواز تجديد العقد عليها بعد انقضاء المدة او هبتها بلا فصل ﴿ مسئلة ٤ ﴾ اذا كانت حبلى فعدتها وضع الحمل حرة كانت اوامة (مسئلة ٥) اذا كانت ممن لا تحيض فعدتها خمسة واربعون يوما كما في بعض الاخبار او شهر ونصف كما في بعضها الاخر والاحوط خمسة واربعون يوما بلياليها كما ان الاحوط عدم كفاية التلفيق واذا كان انقضاء المدة في اول ليلة من الشهر يمكن ان يقال بكفاية ذلك الشهر وان كان ناقصاً وضم نصف الشهر الثاني لما مر مكرراً من ان الشهر منصرف الى الهلالي لكن الاحوط عدم الاكتفاء به ثم اذا كانت تحيض لكن لم تكن مستقيمة الحيض فالظاهر ان عدتها اسبق الامرين من الحيضتين وخمسة واربعين يوما كما في الطلاق وكذا اذا كان حيضها مستقيماً لكن كان الطهر بين الحيضتين خمسة واربعين او ازيد لكن لا يخلو عن اشكال لان الحكم بالاشهر معلق في الاخبار على عدم الحيض ولذا لم يتعرض العلماء لهذا الفرع في المقام والالحاق بالطلاق قياس فالمسئلة محل تأمل (مسئلة ٦) تعتد المتمتع بها اذا كانت حرة من الوفاة باربعة اشهر وعشرة ايام اذا كانت حائلاً ولو مع عدم الدخول بها او كانت يائسة على المشهور للاية (والذين يتوفون) الى اخره وصحيح ابن الحجاج مسئلته عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها عدة قال تعتد باربعة اشهر وعشر وصحيح زرارة السابقة بزرارة كل النكاح اذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت اوامة وعلى اي وجه كان النكاح متعة او تزويجا او ملك يمين فالعدة اربعة اشهر وعشراً هذا ولكن عن المفيد

والمرتضى وبعض اخر انها تعتد شهران وخمسة ايام لانها كالامة حال الحيوة فكذلك بعد الموت (وفيه) انه قياس فاسد ولمرسل الحلبي عن ابي عبدالله ع سئلته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ماعدتها قال خمسة وستون يوما (وفيه) انه لايقاوم الصحيحين خصوصاً مع ضعفه لان في سنده الطاطري الواقفي الذي كان شديد العناد في مذهبه فلا يبقى الاشكال فيماذكره المشهور مع انه موافق للاستصحاب هذا ولو كانت حاملاً فعدتها ابعد الاجلين بلا اشكال ﴿ مسئلة ٧ ﴾ اذا كانت المتمتع بها امة فالمشهور ان عدتها من الوفاة شهران وخمسة ايام كان المشهور في العقد الدائم كذلك بجملة من الاخبار الدالة على ذلك الشاملة باطلاقها للمتعة ايضاً وقد مرت في المسائل السابقة والاقوى انها كالحرة عدتها اربعة اشهر وعشر للاخبار المذكورة في عدة الامة من الوفاة في العقد الدائم الشاملة باطلاقها للمتعة مع ان صحيحة زرارة منها صريحة فيها من غير فرق بين كونها ام ولد لسيدها اولا كما انها كانت كذلك هناك واذا كانت حاملاً فعدتها ابعد الاجلين كل على مذهبه فعلى المختار ابعد الاجلين من الوضع واربعة اشهر وعشرة ايام «مسئلة ٨» تحصل من جميع ماذكرنا ان عدة المتعة اذا كانت تحيض وكانت مدخولا بها غير يائس حيضتان من غير فرق بين الحرة والامة واذا كانت لاتحيض فخمسة واربعون يوما بلياليها من غير فرق ايضاً بين الحرة والامة واذا كانت حاملا فعدتها وضع الحمل وان عدتها في وفاة زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام من غير فرق بين الحرة والامة وان كانت حاملا فابعد الاجلين (مسئلة ٩) اذا عقد على الحرة متعة فدخل بها ثم تبين فساد العقد فعدتها عدة الطلاق كما في العقد الدائم اذا تبين فساده بعد الدخول وان عقد على الامة متعة فتبين الفساد بعد الدخول فحكمها الاستبراء كما في الوطي المجرد عن العقد وكما في العقد الدائم عليها مع تبين الفساد (مسئلة ١٠) الامة المبعضة كالحرة في الموارد التي يختلف حكمها (مسئلة ١١) اذا لم يعلم انها كانت حرة او امة مقتضى الاستصحاب اجراء حكم الحرة (مسئلة ١٢) اذا لم يعلم ان العقد كان دائماً او متعة يجرى عليه حكم الدوام في موارد اختلاف حكمها للاستصحاب (مسئله ١٣) اذا مات زوج المنقطعة بعد انقضاء المدة او هبتها لم تنقلب عدتها الى عدة الوفاة لانها اجنبية وقد انقطعت عصمتها واما اذا مات مقارنا للانقضاء فيحتمل وجوب عدة الوفاة لكن الظاهر عدمه لعدم صدق موته عن زوجة ولو لم يعلم تقدم ايهما فمع العلم بتاريخ احدهما يكون الحكم تابعاً له ومع جهلهما يحكم بعدة الموت للاستصحاب

عدم خروجها عن العدة بشهر ونصف هذا اذا كانت مدخولاً بها والا فالاصل عدم وجوب العدة اصلا

﴿ الفصل الرابع في استبراء الاماء ﴾

(مسئلة ١) كل من ملك امة يجب عليه استبراؤها اي طلب براءة رحمها من الحمل باي نحو كان التملك من الشراء او الهبة او الصلح او الارث او الاستغنام او الاسترقاق او نحو ذلك من انحاء التملك لحكمة عدم اختلاط الانساب بالاجماع والنصوص المتواترة وهي وان كانت معبرة بالشراء الا ان الظاهر بملاحظة حكمة الحكم وفهم العلماء انه من باب المثال فما عن ابن ادريس من الاختصاص بالشراء لا وجه له مع ان رواية حسن بن صالح منها في خصوص الاستغنام وهي عن ابي عبدالله عليه السلام قال نادى منادي رسول الله ص يوم اوطاس ان استبرئوا سباياكم بحيضة وتم في غيره بعدم القول بالفصل ويظهر من هذه الرواية انه لا فرق بين من كان لها زوج او لا في كفاية الاستبراء اذا كان الزوج من اهل الحرب فلا يجب فيها العدة وذلك لانهم ومالهم فيء للمسلمين وهم مماليك الامام ع وهذا بخلاف ما اذا كانت مزوجة بمسلم او ذمي فان الواجب فيها العدة كما مر في المسائل السابقة والمراد بالاستبراء ترك وطيها قبلا ودبراً الى ان تحيض ان كانت ممن تحيض والا فالى خمسة واربعين يوماً بلياليها والظاهر كفاية الملفق وان كان الاحوط خلافها وما عن المفيد من وجوب استبرائها بثلاثة اشهر لا مستند له نعم في خبر عبدالله بن سنان عن الرجل يشتري الجارية ولم تحض فقال يعتزلها شهراً ان كانت قدمست لكن لا عامل به كما انه لا عامل بما في بعض الاخبار من الاستبراء بحيضتين فلابد من حمله على الاستحباب وكيف كان لا اشكال في ان الاستبراء انما هو بحيضة واحدة وان كانت لا تحيض فبخمسة واربعين يوما بلياليها وان حكي عن بعضهم دخول الليالي الاوساط لا الاول والاخير فانه لا وجه له خصوصاً مع ان المذكور في جملة من الاخبار خمسة واربعون ليلة (مسئلة ٢) الواجب انما هو ترك الوطي مدة الاستبراء واما سائر الاستمتاعات من الضم والمس والتقبيل والتفخيذ فلا مانع منها على المشهور الاقوى لعدم ايجابها اختلاط الانساب ولقوله ع في صحيحة محمد بن اسمعيل قلت يحل للمشتري ملامستها قال نعم ولا يقرب فرجها وفي خبر عبدالله بن سنان ولكن يجوز ذلك فيما دون الفرج وفي خبر عبدالله بن محمد لا بأس

بالتفخيذ لها حتى تستبرئها وان صبرت فهو خير لك بل احتمل بعضهم عدم المنع من الوطي في الدبر بل اختاره صاحب الحدائق لان المتبادر من الاخبار هو القبل وهو المناسب لحكمة الحكم واطلاق الاخبار منصرف الى الفرد الشايع المتعارف لكن الاحتياط تركه ايضاً ﴿ مسئلة ٣ ﴾ لا فرق في الوطي بين ان ينزل او لا ينزل و بين ان يعزل او لا يعزل لاطلاق الاخبار مع ان في صحيحة سعد بن سعد عن رجل يبيع جاريه كان يعزل فيها فهل عليه منها استبراء قال نعم وهي وان كانت في استبراء البايع لكن الظاهر عدم الفرق بينه وبين استبراء المشتري ﴿ مسئلة ٤ ﴾ انما يجب الاستبراء اذا علم ان المالك السابق قد وطأها او احتمل ذلك واما اذا علم عدمه او براءة رحمها فعلاً فلا يجب بل ادعى بعضهم الاجماع عليه واذا علم عدم وطي المالك لها ولكن علم وطي اجنبي لها بغير زنا فالظاهر وجوبه لاطلاق الاخبار بل وكذا لو احتمل ذلك فلا وجه لما يحتمل او يقال من عدم وجوبه مع العلم بعدم وطي المالك مطلقاً وان احتمل وطي الغير لها بل قد يقال وان علم ذلك والحاصل ان مقتضى اطلاق الاخبار وجوب الاستبراء على المشتري مطلقا الا مع العلم الوجداني ببراءة رحمها فعلا ﴿ مسئلة ٥ ﴾ اذا وطئها قبل الاستبراء عامداً او جاهلاً او غافلاً لحق به الولد لانها فراشه وان فعل حراما في صورة العمد وهل يسقط بعده وجوب الاستبراء او لا قد يتخيل الاول لان الاختلاط قد حصل فلا فائدة لترك الوطي بعد هذا ولكن الاقوى بقائه على الوجوب خصوصاً اذا علم ان وطيه لم يؤثر في الحمل اذ حكمة حفظ الاختلاط باقية ﴿ مسئلة ٦ ﴾ وجوب الاستبراء حكم تعبدي وان كان الحكمة في جعله هو حفظ الانساب فكل مورد شك في وجوبه مقتضى الاطلاقات وجوبه وان علم عدم تأثير الوطي في الحمل كالوطي مع العزل او مع عدم الامناء او نحو ذلك وعلى هذا فلابد في الخروج عن الاطلاقات والحكم بسقوط الاستبراء من دليل وقد ذكروا من ذلك موارد ﴿ احدها ﴾ اذا اخبر البايع باستبرائها او عدم وطيها فانه يجوز للمشتري مقاربتها من غير استبراء بشرط ان يكون ثقة مأموناً على المشهور خلافاً لابن ادريس وفخر المحققين والاقوى قول المشهور لجملة من الاخبار المحمول مطلقها في السقوط على مقيدها باشتراط الامانة ومطلقها في عدم السقوط على صورة عدم الوثوق به وحمل ما دل منها على الاستبراء ولو مع الامانة على الاستحباب ففي خبر محمد بن حكيم اذا اشتريت

جارية فضمن لك مولاها انها على طهر فلا بأس ان تقع عليها وفي صحيحة الحلبي في رجل اشترى جارية ولم يكن صاحبها يطأها ايستبرء رحمها قال نعم وفي خبر حفص بن البختري في الرجل يشتري الامة من رجل فيقول اني لم اطأها فقال ان وثق به فلا بأس بان يأتيها وفي خبر ابي بصير الرجل يشتري الجارية وهي طاهرة ويزعم صاحبها انه لم يمسها منذ حاضت فقال ان ائتمنته فمسها وفي خبر عبدالله بن سنان اشترى الجارية من الرجل المأمون فيخبرني انه لم يمسها منذ طمثت عنده وطهرت قال ليس بجائز ان تأتيها حتى تستبرئها بحيضة ولكن يجوز لك مادون الفرج لان الذين يشترون الاماء ثم يأتونهن قبل ان يستبرئوهن فاولئك الزناة باموالهم هذا ولا يلزم كون البايع المخبر عادلا بل يكفي كونه موثوقا به مأمونا وما في المسالك من قوله انما عبر يعني المحقق بالثقة لوروده في النصوص المذكورة في هذا الباب والظاهر ان المراد بالثقة العدل لانه الثقة شرعا (فيه) اولا انه لم يرد في النصوص لفظ الثقة بل ورد ان وثق به وان ائتمنه ونحو ذلك ولا يظهر منها اعتبار العدالة مع ان لفظ الثقة ايضاً اعم من العدل وكون المراد منه العدل انما هو في اصطلاح اهل الرجال وكيف كان لا دليل على اعتبار عدالة المخبر هذا ولا يلزم كون اخبار البايع للمشتري بلا واسطة فلو ثبت عنده اخباره مع كونه ثقة بمثل البينة كفى بل وكذا اخبار ثقة باخباره على اشكال (الثاني) اذا شهدت البينة بكونها مستبرئة او غير موطوئة بناء على عموم حجية البينة واما شهادة العدل الواحد ففي كفايتها اشكال وكذا اذا اخبرت الامة بانها مستبرأة فانه يشكل قبوله وان كانت ثقة لكن عن شرح القواعد للشيخ الكبير تقويه قبول شهادة العدل الواحد وقبول اخبار الامة ايضا (الثالث) اذا كانت الجارية لامرأة على المشهور خلافا للحلي وفخر المحققين والانوي ما هو المشهور للمعتبرة (منها) صحيح حفص عن ابي عبدالله في الامة تكون للمرأة فتبيعها قال لا بأس بان يطأها من غير ان يستبرئها (ومنها) صحيح رفاعه عن ابي الحسن ع عن الامة تكون لامرأة فتبيعها قال ع لا بأس ان يطأها من غير ان يستبرئها (ومنها) موثق زرارة قال اشتريت جارية بالبصرة من امرأة فخبرتني انه لم يطأها احد فوقعت عليها ولم استبرئها فسئلت عن ذلك ابا جعفر ع فقال هو ذا انا قد فعلت ذلك وما اريد ان اعود ومقتضى اطلاقها سقوطه وان احتمل كونها موطوئة

بالتحليل او الشبهة فلا يلزم حصول العلم بعدم وطيها نعم لو علم وطى الغير لها وجب استبرائها لانصراف الاخبار عن هذه الصورة (الرابع) اذا كانت صغيرة او يائسة بلا خلاف لخبر ابن ابي يعفور عن ابي عبدالله عليه السلام في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحمل ان اشتراها الرجل ليس عليها عدة تقع عليها وخبر عبدالله بن عمر قلت لابي عبدالله ع الجارية الصغيرة يشتريها الرجل وهي لم تدرك او قد يئست من المحيض فقال لا بأس ان لا يستبرئها ونحوه مرسلة الصدوق وخبر عبد الرحمن بن ابي عبدالله عن ابي عبدالله ع اذا قعدت عن المحيض او لم تحض فلا عدة عليها والتي تحيض فلا يقربها حتى تحيض ولظاهر الى غير ذلك والاشكال في حمل هذه الاخبار على غير البالغة بانها لا يجوز مقاربتها فلا يحتمل فيها كونها موطوئة والاستبراء انما هو فيمن علم او احتمل كونها موطوئة (مدفوع) بامكان كونها موطوئة حراما او مع الجهل بحرمة الوطى قبل البلوغ كما انه لا وقع للاشكال فيها بان ظاهرها جواز وطيها وهي صغيرة مع انه لا يجوز وذلك لامكان كونها صغيرة عند البايع ثم بلغت بعد الشراء عند المشتري واما لو كانت بالغة ولم تحض بعد او قعدت عن المحيض قبل حد اليأس فيجب استبرائها وعليه يحمل خبر منصور بن حازم عن ابي عبدالله ع عن عدة الامة التي لم تبلغ المحيض وهو يخاف عليها فقال خمس واربعون ليلة وخبر ربيع بن القاسم عن الجارية التي لم تبلغ الحيض ويخاف عليها الحبل فقال يستبرء رحمها الذي يبيعها بخمس واربعين ليلة والذي يشتريها بخمس واربعين ليلة وخبر عبد الرحمن بن ابي عبدالله عن ابي عبدالله ع في الرجل يشتري الجارية ولم تحض او قعدت عن الحيض كم عدتها قال خمس واربعون ليلة (الخامس) اذا كانت حال الشراء على المشهور فيكفي في جواز وطيها اتمام حيضها الا ان هذا استبرائها بل لحرمة الوطى حال الحيض ويدل عليه موثق سماعة عن رجل اشترى جارية وهي طامث ايستبرء رحمها بحيضة اخرى او تكفيه هذه الحيضة فقال بل تكفيه هذه الحيضة فان استبرئها بحيضة اخرى فلا بأس هي بمنزلة فضل وصحيح الحلبي عن الصادق ع عن رجل اشترى جارية وهي حايض فقال اذا طهرت فليمسها ان شاء وخلاف ابن ادريس وقوله بعدم الكفاية لا وجه له ومقتضى الخبرين الكفاية ولو احتمل مقاربة المالك او غيره لها حال الحيض فلا يضر هذا الاحتمال نعم لو علم ذلك وجب استبرائها

بحيضة اخرى (السادس) اذا كانت حاملا فانه لا محل للاستبراء حينئذ لان المفروض ان الرحم مشغول بالحمل فلا يلزم من الوطي اختلاط الانساب والقول بحرمة وطيها الى ان تضع او الى اربعة اشهر ليس من باب الاستبراء كما هو واضح (السابع) اذا كان المالك السابق ممن لا يقدر على الوطي لصغر او كبر او عنن او جب او مرض او نحو ذلك على ما حكي عن الاردبيلي بل وعن مع صد واختاره صاحب الحدائق وصاحب الجواهر ولكنه مشكل لعدم النص فمع احتمال كونها موطوئة من غيره يجب بمقتضى الاطلاقات استبراؤها ولا يجوز التمسك بفحوى الاخبار الواردة في المرأة لانها ظنية فلا يخرج عن القياس ولذا اختار صاحب المسالك وجوب الاستبراء على المشتري نعم اذا علم عدم كونها موطوئة من غيره ايضاً لم يجب ومجرد العلم بعدم وطي المالك لها غير كاف في سقوطه وقد عرفت ان الحكم تعبدي اللهم الا ان يقال ان المستفاد من ادلة المستثنيات ان المناط في السقوط الامارات النوعية الظنية على عدم الوطي وعدم ايجابه اختلاط الانساب اذ حينئذ يكون حال المذكورات حال الشراء من المرأة في افادتها الظن نوعا لكن الاستفادة المذكورة محل اشكال ودعوى انصراف الاطلاقات عن هذه الصورة ممنوعة فلا يترك الاحتياط بالاستبراء الا مع العلم بالبرائة هذا (وربما) يؤيد ما ذكره الجماعة بما في الفقه الرضوي ع حيث قال في عد وجوه النكاح الثالث نكاح ملك اليمين وان يبتاع الرجل الامة فحلال نكاحها اذا كانت مستبرئة والاستبراء حيضة وهو على البايع فان كان البايع ثقة وذكر انه استبرئها جاز نكاحها من وقتها وان لم يكن ثقة استبرئها المشتري بحيضة وان كانت بكراً او لامرأة او ممن لم يبلغ حد الادراك استغنى عن ذلك وهو وان كان صريحاً فيما ذكروه الا ان الاشكال في حجيته (الثامن) اذا بيعت من امرئة او انتقلت ليها بارث ونحوه فباعتها من رجل فقد يقال بجواز وطي المشتري لها من غير استبراء لصدق كون البايع امرأة فيدخل في الاخبار السابقة وكذا لو باعها من رجل ثم اشتراها منه قبل وطيه او باعها المشتري من آخر كذلك فانه لا يجب على المشتري الثاني استبراؤها وهذه مسألة في سقوطه لكنه مشكل اذ غاية الامر سقوطه من حيث كونها من امرأة واما من حيث كونها ممن يجب استبراؤها سابقاً على هذا الشراء فلا وهذا نظير ما قد يقال بسقوط العدة

عن المرأة المتمتع بها اذا تزوجها بعد انقضاء مدتها ثم قبل الدخول بها وهب مدتها يدعوى صدق كونها غير مدخول بها فان الاحوط فيها وجوب العدة من طرف الوطي في النكاح السابق كما تأتي الاشارة اليه وان لم تجب من حيث كونها غير مدخول بها في النكاح الثاني وكذا في الصورة الثانية عدم وجوب الاستبراء من حيث كون البايع لم يطأها لا ينافي وجوبه من جهة احتمال وطي البايع الاول لها والعلم به مع ان المفروض عدم جواز بيعها من المرأة او غيرها قبل الاستبراء والحاصل انه لا يعرف هذه الحيلة (التاسع) اذا اعتقها بعد التملك وقبل الاستبراء ثم اراد ان يتزوجها فانه لا يجب عليه استبراؤها بعد العتق ويجوز وطيها بعد التزويج بلا خلاف على الظاهر بل عن المسالك دعوى الاتفاق عليه ويدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر ع في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها هل يقع عليها قبل ان يستبرء رحمها قال يستبرء رحمها بحيضة قلت فان وقع عليها قال لا بأس ونحوها خبر عبيد بن زرارة عن ابي عبدالله ع وعن ابي العباس البقباق قال سئلت اباعبدالله ع عن رجل اشترى جارية فاعتقها ثم تزوجها ولم يستبرء رحمها قال كان نوله اي الحقيق له ان يفعل فلا بأس ونحوه خبر ابن ابي يعفور عنه ع وقد يقال ان مقتضى القاعدة ايضاً ذلك لانها بالعتق صارت حرة والاستبراء يختص بالامة (وفيه) ان اللازم على هذا ان يكون عليها العدة اذا كانت موطوئة عند المالك السابق نعم اذا لم يعلم كونها موطوئة اولا يمكن ان يقال الاصل عدمه فيجوز تزويجها من غير عدة والاستبراء مع انه يمكن ان يقال ان المدار على حال الوطي فاذا كانت امة وجب استبراؤها وان صارت حرة بعد ذلك وكيف كان لا حاجة الى ذلك بعد الاخبار المذكورة ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين صورة العلم بكونها موطوئة عند المالك السابق وصورة احتماله لكن عن العلامة في جملة من كتبه الاختصاص بالصورة الثانية ولا وجه له الا دعوى الانصراف في الاخبار المذكورة وهي ممنوعة هذا ومقتضى اطلاقها ايضاً ذلك وان كانت مزوجة سابقاً وفسخ نكاحها المشتري المعتق لها لكنه مشكل بل اللازم حينئذ اعتدادها عدة الحرة لانصراف الاطلاقات عن هذه الصورة ومع الاغماض عنه يعارضها ما دل على وجوب العدة على المزوجة الموطوئة بعد الطلاق او الفسخ وهو ارجح مع ان الواجب بعد الفسخ وقبل العتق كان هو العدة على الاقوى كما يأتي خلافا

لبعض ومقتضى الاستصحاب بقاؤه ثم ان الاخبار المذكورة مختصة بتزويج المعتق واما بالنسبة الى غيره فهل يسقط ايضاً او لا فيه وجوه (احدها) السقوط ايضاً لان العتق اذا صار سبباً للسقوط فلا فرق بين المعتق وغيره (الثاني) عدمه ووجوب الاستبراء (الثالث) وجوب العدة عليها لانها حينئذ حرة والاستبراء حكم الامة وقد يستدل عليه بحسنة الحلبي عن ابي عبدالله ع عن رجل يعتق سريته ايصلح له ان يتزوجها بغير عدة قال نعم قلت فغيره قال لا حتى تعتد ثلثة اشهر ونحوها صحيحة زرارة (الرابع) الفرق بين صورة العلم بوطيها فالثالث لاول فتجب العدة وبين صورة الاحتمال فلا شيء عليها اما على الاول فلوجوب العدة على الحرة عن الوطي المحترم واما على الثاني فلاصالة عدم وطيها فهي حرة لم يعلم كونها موطوئة والاقوى هو هذا الوجه واما الوجه الثالث ففيه انه انما يتم في صورة العلم بكونها موطوئة لا مطلقاً والحسنة والصحيحة ليستا مما نحن فيه اذ الكلام فيما نحن فيه انما هو اذا اشترى الجارية وعلم كونها موطوئة سابقاً او احتمل ذلك وهما فيما اذا كان الواطي لها هو المعتق لا المالك السابق وهذا واضح واما الوجه الثاني ففيه انه لا وجه للاستبراء وهي حرة واما الوجه الاول ففيه ان السقوط حكم تعبدي ومختص بالمعتق بالفرض وكون العتق سبباً فيه واسقاطه فدعوى عدم الفرق محل منع •

(العاشر) اذا زوجها بعد الشراء من رجل فانه لا يجب على الزوج استبرائها مالم يعلم سبق وطي محترم نقله في المسالك عن بعضهم وذلك لان الاستبراء تابع لانتقال الملك وهو منتف هنا قال وعلى هذا يمكن ان يجعل ذلك وسيلة الى سقوط الاستبراء عن المولى ايضاً بان يزوجها من غيره ثم يطلقها الزوج قبل الدخول فيسقط الاستبراء بالتزويج والعدة بالطلاق قبل المسيس لكن فيه منع سقوط الاستبراء عن الزوج ومنع كونه تابعاً لانتقال الملك فكما لا يجوز للمشتري وطيها قبل الاستبراء فكذا لا يجوز تصييره ايضاً بالتحليل او التزويج مع انا نمنع جواز تزويجها قبل استبرائها وعلى فرضه لا يجوز لغيره ايضاً وطيها من غير استبراء سواء كان بالتزويج او بالتحليل او بالشراء من المشتري وعلى فرض جواز التزويج وجواز وطي الزوج من غير استبراء فنمنع تمامية الحيلة المزبورة لما اشرنا اليه من ان غاية الامر عدم وجوب الاستبراء على المشتري من قبل الشراء الثاني وهذا لا يدل على سقوطه من طرف الشراء الاول من مالكها السابق

(مسئلة ٣) المشهور وجوب الاستبراء على مالك الامة اذا اراد بيعها او نقلها بغير البيع لا بمعنى كونه شرطاً في صحته بل بمعنى انه اذا باعها قبله فعل حراما وخالف ابن ادريس فخص الحكم بالبيع دون غيره من انحاء النقل لاختصاص الاخبار به لكن الظاهر ان ذكره من باب المثال ويدل على الوجوب جملة من الاخبار (منها) صحيح حفص في رجل يبيع الامة من رجل قال عليه ان يستبرء من قبل ان يبيع (ومنها) خبر ربيع بن القاسم عن الجارية التي لم تبلغ الحيض ويخاف عليها الحبل قال يستبرء رحمها الذي يبيعها بخمس واربعين ليلة والذي يشتريها بخمس واربعين ليلة (ومنها) الموثق الاستبراء واجب على الذي يريد ان يبيع الجارية الى غير ذلك والظاهر بقرينة حكمة الحكم الاختصاص بما اذا كان تركه معرضاً لوطي المشتري لها قبل الاستبراء فلو علم انه يستبرئها قبل لوطي يشكل الحكم بحرمته على البايع وكذا اذا باعها على طفل او امرأة بل وكذا اذا اشترط على المشتري ان لا يطأها الا بعد الاستبراء وان كان الاحوط التعميم وكيف كان لو باع قبل الاستبراء صح البيع وان كان ذلك عن عمد فتصير للمشتري وهل يسقط استبراؤها بعد ذلك الظاهر عدم سقوطه مهما امكن لكن ان طالبه المشتري اقباضها وجب عليه ذلك ولا بأس ببيع الصغيرة واليائسة والحائض والحبلى والظاهر عدم جواز تزويجها قبل الاستبراء وكذا تحليلها ثم ان الحكم مختص بما اذا كانت موطوئة له او لغيره ولم تحض بعد الوطي والا فلا بأس ببيعها من دون استبراء (مسئلة ٤) اذا زوج العبد مولاه بامة غيره باذن مولاها او تزوج هو باذن مولاه ولو لاحقا فلا اشكال في انه تزويج صحيح لا اباحة وحينئذ فيحتاج الفراق بينهما الى الطلاق وامره بيد العبد لا بيد مولاه على المشهور بل ليس له اجباره على الطلاق نعم اذا باعها مواليها يكون للمشتري فسخ نكاحهما ولا يجوز له مع كونها مدخولا بها مقاربتها وهل اللازم العدة او الاستبراء فعن جماعة الاول لانها الاصل في فراق الزوجة وعن العلامة وبعض اخر الثاني لانه الاصل في الاماء وخبر حسن بن صالح المشتمل على قول النبي ص الامر باستبراء السبايا مع ان من المعلوم ان فيهن من كانت ذات زوج ولا يبعد قوة القول الاول والخبر مع ضعف سنده ليس مما نحن فيه واذا باع العبد مولاه فكذلك يكون للمشتري فسخ نكاحهما ولا يجوز لمولى الامة وطيها مع كونها مدخولا بها

الا بعد العدة او الاستبراء على القولين (مسئلة ٥) اذا زوج العبد مولية بامته فلا اشكال في صحته لكن يكون امر الطلاق بينهما الى المولى لا الى العبد ويكفي فيه ان يقول فسخت عقدكما او فرقت بينكما او يامرهما او احدهما بالاعتزال عن صاحبه بلا خلاف بل بالاجماع والنصوص (منها) صحيح بن مسلم عن الباقر ع عن قول الله عز وجل ﴿ والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم ﴾ قال هو ان يأمر الرجل عبده وتحته امته فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسها والظاهر كما عن جماعة التصريح به وان هذا منه ليس طلاقا فلا يشترط فيه شرايط الطلاق ولا تترتب عليه احكامه من الحاجة الى المحلل ونحوها لكن عن الشيخ في التهذيب والاستبصار كونه طلاقا فيشترط فيه شرايطه واحكامه ولعله لخبر ابن زياد سئلت ابا الحسن ع عن الرجل يزوج عبده امته ثم يبدو للرجل في ذلك فيعزلها عن عبده ثم يستبرئها ويواقعها ثم يردها على عبده ثم يبدو له بعد فيعزلها عن عبده ايكون عزل السيد الجارية عن زوجها مرتين طلاقا لا تحل حتى تنكح زوجا غيره ام لا فكتب لا تحل له الا بنكاح وقد يستدل له بان الظاهر من نصوص المقام ان المراد توسعة امر الطلاق وانه يقع بغير لفظه وكون الفسخ كناية عنه ولذا يكون مخيرا بين ايقاعه او ايقاع الطلاق والاقوى عدم كونه طلاقا نعم لو اتى بلفظ الطلاق مع اجتماع شرايطه يلحقه احكامه بخلاف ما لو فسخ او امر بالاعتزال والخبر المزبور يمكن ان ينزل على ان المراد العزل بالطلاق مع انه ضعيف السند ثم انهم اختلفوا في ان هذا نكاح وتزويج او تحليل واباحة فالمشهور انه تزويج لاشتمال اخباره على لفظ النكاح والتزويج وعن ابن ادريس انه تحليل لانه لو كان تزويجا لم يجز التفريق بغير الطلاق وايضا ان الظاهر من اخباره عدم اشتراط القبول لعدم ذكره والاكتفاء بقوله انكحتك ولا يصح التزويج بلا قبول ففي الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن الباقر ع عن الرجل كيف ينكح عبده امته قال يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله او من قبل مولييه ولا بد من طعام او درهم او نحو ذلك (وعنه) عن الباقر ع ايضا في المملوك يكون لمولاه او مولاته امة فيريد ان يجمع بينهما اينكحه نكاحا او يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة ويعطي من قبله شيأ او من قبل العبد قال نعم ولو مدا وقد رايته يعطي الدرهم والاقوى ما هو

المشهور ولا بأس بالتفريق بغير الطلاق فيه للدليل كما في انفسخ بالعيوب واما عدم ذكر القبول في اخباره فلعله لوضوح اعتباره مع انه يمكن ان يقال بعدم اعتباره في المقام لان الامر راجع الى المولى فقط فيكفي انشاء الايجاب منه عن قبوله ودعوى ان لازمه عدم اعتباره في عقد الولي على القصيرين ايضاً مع انه لا اشكال في اعتباره يمكن ان يجاب بالفرق بين المقام ومسئلة الولي من حيث ان الولي نايب عن القصيرين بخلاف ما نحن فيه فان الامر راجع الى المولى مستقلا لا بعنوان النيابة عن العبد والامة هذا مع ان صريح صحيح بن يقطين عدم كونه تحليلا لاسئل الكاظم ع عن المملوك يحل له ان يطأ الامة من غير تزويج اذا احل له مولاه قال لا يحل له وان كان لا يخلو عن اشكال من حيث عدم الاشكال في جواز تحليل المولى امته لعبده فتأمل ثم ان مقتضى القاعدة وان كان وجوب العدة عليها او ارادالمولى مفارقتها بعد فسخ نكاحها او طلاقه على المختار من كونه تزويجاً لا تحليلاً لكن مقتضى صحيح ابن مسلم المتقدم بل وخبر ابن زياد كفاية الاستبراء والاقوى هو الكفاية وان كان الاحوط الاعتداد عدة الاماء (مسئلة ٦) اذا كانت الامة مزوجة مدخولا بها فطلقها زوجها او وهب مدتها او انقضت كما في المتعة وجب عليها العدة ولا يجوز لسيدها وطيها الا بعدها وهي مغنية عن الاستبرآء بلا اشكال ولا خلاف واذا باعها بعد الطلاق فكذلك وجب عليها اكمال العدة ولا يجوز للمشتري وطيها الا بعدها وهي كافية عن الاستبرآء على المشهور الاقوى ولكن عن الشيخ وجماعة وجوب استبرائها بعد العدة في هذه الصورة فلا يجوز له مقاربتها بخروجها عن العدة قالوا لان العدة والاستبرآء حكمان وتداخلهما على خلاف الاصل (وفيه) ما لا يخفى فان المقصود براءة الرحم وقد حصلت بالعدة مع ان ظاهر الاخبار ايضاً جواز المقاربة بعد الفراغ من العدة وايضاً لازم ذلك عدم الفرق بين السيد والمشتري مع انه لا خلاف في كفايتها بالنسبة الى السيد كما ذكرنا (مسئلة ٧) اذا كانت الامة محرمة على مولاها من جهة كونها مكاتبة ثم انفسخت كتابتها بالعجز هل يجب عليه استبرائها او كذا اذا ارتدت او ارتد ثم تابت او تاب وكذا اذا كانت حربية وقد استبرئها ثم اسلمت فانه لا يجب تجديده وكذا اذا كانت محرمة ثم خرجت عن الاحرام ففي جميع هذه الصور لا يجب استبرائها الا اذا علم كونه موطوئة شبهة ولم تحض بعد وطيها فليس

حالها في هذه الصور كحالها اذا كانت حرمة مقاربتها من جهة الزوجية للغير او من جهة كونها مملوكة للغير سابقاً وهذا واضح

﴿ الفصل الخامس في جملة من المسائل المتعلقة بالعدة ﴾

(مسئلة ١) اذا كان له زوجتان فطلق احديهما معينة ثم اشتبه المعينة فان كان الطلاق بائناً او رجعياً ولم يرد الرجوع وجب عليه اجتنابهما معاً وترتيب سائر احكام الزوجية على كل منهما من النفقة وغيرها ولا يجوز لهما التزويج بالغير الا بالطلاق منه او الموت والعدة واذا مات بعد الطلاق ولم يعلم المطلقة منهما وجب على كل منهما عدة الوفاة لاصالة بقاء كل منهما على الزوجية الى حين الموت وهي كافية لكل منهما بالنسبة الى نفسه وقد يقال بوجوب الاحتياط على كل منهما اذا كانتا من ذوات الاقراء بابعد الاجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة كما انهما لو كانتا حاملين او احديهما وجب ابعد الاجلين من الوضع وعدة الوفاة (وفيه) منع وجوب الاحتياط بعد اجراء اصالة البقاء على الزوجية الى حين الوفاة المستلزمة لكفاية عدتها ودعوى كونها اصلاً مثبتاً ممنوعة كما ان دعوى انها معارضة باصالة البقاء على حكم العدة الى اليقين بالفراغ مدفوعة بان الشك فيه مسبب عن الشك في وقوع الطلاق عليهما والاصل عدمه فهو كما لو كانت واحدة وشك في طلاقها قبل الوفاة فانه لا اشكال في كفاية عدة الوفاة نعم اذا اراد الغير تزويجهما لا يجوز له مع كون كل منهما محلا لابتلائه الا بعد ابعد الاجلين للعلم اجمالا باحد الامرين من الطلاق والوفاة وحينئذ يمكن ان يقال بعدم جواز التزويج عليهما ايضاً لان عدم الجواز بالنسبة الى احد الزوجين يكفي في عدمه بالنسبة الى الآخر هذا ولو كان الطلاق قبل الدخول قد يقال بجريان اصل البراءة من العدة بالنسبة الى كل منهما (وفيه) انه لا يجوز لذات البعل التزويج بالغير الا بعد حل من طلاق او موت وعدة والا فالاصل عدم تاثير العقد لو اوقع عليها فلا بد لازم عليهما الاحتياط بعدة الوفاة في الصورة المفروضة ايضاً هذا مع الاغماض عن ان مقتضى الاستصحاب بقاء الزوجية بالنسبة الى كل منهما والا فلا اشكال في وجوب عدة الوفاة على كل منهما وكفايتها كما في الصورة السابقة كما انه لا فرق بين الطلاق قبل الدخول وبعده مع كونه بائناً من جهة اخرى مع الاغماض عن الاستصحاب فلا وجه لتخصيصه الكلام بالطلاق قبل الدخول

(مسئلة ٢) قدذكرنا سابقاً انه لاتجب العدة من الزنا فيجوز تزويج المزني بها بلاعدة ولا استبراء اذ لاحرمة لماء الزاني من غير فرق بين ان تكون حاملة من الزنا اولا نعم الاولى مع عدم الحمل استبراؤها بحيضة لكن عن السرائر ان عليها العدة وعن المسالك لاباس به حذراً من اختلاط المياه وفي ثق وجوبها لخبر اسحق بن جرير وعلي بن شعبه المؤيدين باطلاق مادل على وجوبها بالدخول والماء والاقوى ماذكر من عدم الوجوب وحمل الخبرين على الندب للاصل والعمومات واطلاق مادل على جواز التزويج بالزانية على كراهة (مسئلة ٣) تجب العدة للوطي بالشبهة كما اشرنا اليه سابقاً سواء المرئة مزوجة او خلية وان عدتها عدة الطلاق للاخبار الواردة فيمن تزوجت في عدتها من قوله ع وان دخل بها فرق بينهما وتأخذ ببقية العدة من الاول ثم تأتي عن الثاني ثلثة اقراء مستقبلة نعم اذا كانت معقودة بالعقد الانقطاعي ثم تبين فساده يمكن ان يقال تعتد عدة المتعة هذا اذا كانت حرة واما اذا كانت امة فيكفي فيها الاستبراء ولو كانت ذات زوج ومبدئها اخر وطي وطات شبهة ويحتمل كونه من حين ارتفاع الشبهة ويحتمل التفصيل بين الوطي المجرد عن العقد فمن حين الوطي والوطي بالعقد الفاسد فمن حين ارتفاع الشبهة بدعوى ظهور الاخبار الواردة في عدم التداخل في لاعتداد من حين ارتفاع الشبهة اذا وطئت بالعقد الفاسد ثم طلقها زوجها (مسئلة ٤) لااشكال في عدم جواز وطيها للزوج في ايام عدتها للوطي بالشبهة وهل يجوز له ساير الاستمتاعات اولا وجهان بل قولان من انها لم تخرج عن الزوجية ويحصل الغرض من العدة وهو عدم اختلاط الانساب بترك الوطي واما الاستمتاعات الاخر فلادخل لها في ذلك ومن ان مقتضى العدة الاجتناب عنها مطلقاً وهو الاحوط وان كان الاول اقوى (مسئلة ٥) اذا كانت الموطوئة بالشبهة خلية يجوز لواطيها ان يتزوجها قبل انقضاء عدتها منه بلا اشكال واما غيره فهل يجوز له ذلك اولا يظهر من المحكي عن المسالك جوازه وان كان لايجوز مقاربتها الا بعد الخروج من العدة وذلك لعدم المنافات بين كونها ذات بعل مع كونها في العدة والاقوى عدمه لاصالة عدم تأثير العقد واطلاق مادل من الاخبار على عدم جواز النكاح في العدة ويظهر من صاحب الجواهر ابتناء المسئلة على الوجهين من جواز غير الوطي من ساير الاستمتاعات فيجوز وعدم جوازها

فلايجوزاذعلى هذا لايبقى تاثير للعقد الواقع اصلاً فلايمكن صحته بخلافه على الاول لكفاية تأثيره في غير الوطى من ساير الاستمتاعات (مسئلة ٦) الظاهر عدم سقوط نفقتها في ايام عدتها من وطى الشبهة اذا كانت ذات بعل وليست ملحقة بالناشزة وان قلنا بعدم جواز مطلق الاستمتاعات فحالها حال الزوجة حال الاحرام ﴿ مسئلة ٧ ﴾ الموجب للعدة امور وهي الوفاة والطلاق باقسامه والفسخ بالعيوب والانفساخ بمثل الارتداد والاسلام او الرضاع او نحوها والوطى بالشبهة مجرداً عن العقد او معه او انقضاء المدة او هبتها في المتعة وفيما عدا الاول يشترط كونها مدخولة بخلافه فانه يوجبها مطلقا والحكمة في جعلها استبراء الرحم وعدم اختلاط المياه وفي الوفاة هو مع احترام الميت ثم قد يتعدد الموجب كما اذا طلقها رجعيا ثم مات وهي في العدة او وطئها واطى شبهة ثم مات زوجها او طلقها او وطئت شبهة وهي في عدة الوفاة او الطلاق او الفسخ او الانفساخ واما اذا طلقها بائناً ثم مات فلا تتعدد فانها بالطلاق البائن خرجت عن الزوجية فليس عليها الا عدة الطلاق وكذا اذا حصل الفسخ او الانفساخ او انقضت المدة او وهبها ثم مات فانها خرجت عن الزوجية قبل الوفاة فليس عليها الا العدة المذكورات (مسئلة ٨) اختلفوا في ان مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الدليل الخارجي من الاخبار او غيرها تعدد العدة مع تعدد الموجب او التداخل وكفاية عدة واحدة عنهما مع تساويهما ودخول الاقل تحت الاكثر مع اختلافهما في الزيادة والنقصان فيظهر من بعضهم الاول لان مقتضى تعدد السبب تعدد المسبب لان كلا منهما يؤثر اثره فلا بد من التعدد ومن بعضهم الثاني لان التعدد انما هو فيما اذا امكن كما اذا قال ان جائك زيد فاكرمه وقال ايضاً ان سلم عليك زيد فاكرمه حيث يمكن تعدد الاكرام واما اذا كان المسبب مقيداً بقيد لا يمكن تعدده معه فلا وما نحن فيه من هذا القبيل فان كلا من الطلاق والوفاة موجب للعدة بعد تحققه بلا فصل ولا يمكن ايجاد العدتين في زمان واحد واتيان احديهما بعد الاخرى مناف لما هو المفروض من وجوبها بعده بلا فصل فلا بد من التداخل وايضاً الغرض من العدة برائة الرحم وهي متحققة بعدة واحدة اذا كانا متماثلين وبابعدهما اذا كانا مختلفين بالزيادة والنقصان مع ان مقتضى الاصل البرائة (قلت) التحقيق في المقام هو التداخل بمقتضى الاصل والقاعدة اما اذا كان الموجبان من نوع

واحد كما اذا تعدد الوطي بالشبهة مع استمرار الاشتباه او بالارتفاع ثم العود او مع كون الواطي متعدداً فلان الموجب حينئذٍ جنس الوطي الصادق على الواحد والمتعدد فبحصول العدة دفعة واحدة يصدق حصول مقتضى كل منها ويكون من باب التداخل في السبب لنظير الجنايات المتعددة واما اذا كانا من نوعين مع كون المسبب امراً واحداً كالطلاق مع الوطي شبهة فكذلك يصدق بمرة واحدة من الاشهر او الاقراء حصول مسبب كل منهما بعد عدم خصوصية وقيد في المسبب وكون المدار على وجوده في الخارج باي وجه اتفق وباي قصد كان ولذا يكفي اذا لم تعلم بوجود الموجب الى ما بعد الاقراء او الاشهر بل وكذا اذا كان المسبب متعدداً كما اذا كان مسبب الطلاق الوضع ومسبب وطي الشبهة الاشهر او الاقراء فانه لا منافات بينهما بعد عدم اعتبار خصوصيه وقيد فيهما فيصدق بعد مضي ثلثة اشهر او ثلثة اقراء حصول مقتضى وطي الشبهة وبعد الوضع حصول مقتضى الطلاق وكذا في الطلاق والوفاة فظهر ان مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الاخبار والاجماع هو التداخل مطلقاً والوجه فيه عدم اعتبار خصوصية في مقتضى كل منهما بل المناط وجوده في الخارج باي كيفية كانت وباي قصد كان هذا مجمل المطلب بحسب الاصل والقاعدة واما التفصيل ففي طي مسائل (مسئلة ٩) تكفي عدة واحدة مع تعدد الوطي شبهة ولو من اشخاص متعددة لما مر من القاعدة وعدم المخرج عنها (مسئلة ١٠) قد عرفت انها لو طلقت بائناً ثم مات زوجها وهي في العدة لا عدة عليها من الوفاة لانقطاع العصمة بينهما فيكفي اكمال عدة الطلاق واما لو كان الطلاق رجعياً وقد مات زوجها وهي في العدة فان كانت حاملا فعدتها ابعد الاجلين من الوضع واربعة اشهر وعشرة ايام وان كانت حائلا فالمشهور ان عليها استيناف عدة الوفاة وكفايتها وان قلنا بعدم التداخل من حيث القاعدة في ساير المقامات بل الظاهر عدم الخلاف فيه للنصوص المستفيضة (منها) خبر هشام بن سالم في رجل كانت تحته امرأة فطلقها ثم مات قبل ان تنقضي عدتها قال ع تعتد بابعد الاجلين عدة المتوفى عنها زوجها (ومنها) خبر محمد بن قيس ايما امرأة طلقت ثم توفى عنها زوجها قبل ان تنقضي عدتها ولم تحرم عليه فانها ترثه ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها (ومنها) خبر سماعة الى غير ذلك ومقتضى اطلاق جملة منها كاطلاق الفتاوى كفاية عدة الوفاة وان كانت عدة

الطلاق اطول كما اذا كان حيضها في كل ثلثة اشهر مرة وكما اذا كانت مسترابة حيث ان عدتها ثلثة اشهر بعدا لتسع او بعد السنة فليس عليها حينئذ ابعد الاجلين وان كان مقتضى القاعدة ذلك والمراد من قوله ع ابعد الاجلين في الخبر خصوص عدة الوفاة حيث انها نوعا ابعد الاجلين لا الابعد فعلا فانه ع فسر الابعد بعدة الوفاة هذا ولو وطئت شبهة ثم مات زوجها وهي في العدة فيمكن ان تكون كذلك لان وطي الشبهة حاله حال الطلاق لكن الاحوط اعتدادها بابعد الاجلين كما هو مقتضى القاعدة لا الاكتفاء بعدة الوفاة مطلقا وكيف كان لا يلزم التعدد وان قلنا بان مقتضى القاعدة هو التعدد (مسئلة ١١) اذا وطئت شبهة في عدة الطلاق او الوفاة او وطئت ثم طلقها زوجها فالمشهور عدم التداخل ووجوب عدتين بل عن الخلاف دعوى الاجماع عليه ويظهر من المحكي عن طبريات المرتضى ايضاً الاجماع وحينئذ فان كانت حاملا من احدهما تقدم عدة الحمل سوآء كان للاول او للثاني لعدم امكان تاخير عدة الحمل وبعد الوضع تاتي بالاخرى او تكمل الاولى وان كانت حائلا يقدم الاسبق منهما واستدلوا عليه باصالة تعدد المسبب عند تعدد السبب وبجملة من الاخبار منها موثق ابن مسلم عن ابي جعفر ع سئلته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها قال ان كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابداً واعتدت بما بقي عليها من الاول واستقبلت عدة اخرى من الاخر (ومنها) خبر علي بن بشير النبال عن ابي عبدالله ع وان فعلت ذلك بجهالة منها ثم قذفها بالزنا ضرب قاذفها الحد وفرق بينهما وتعتد بما بقي من عدتها الاولى وتعتد بعد ذلك عدة كاملة (ومنها) حسن الحلبي عن الحلبي بموت زوجها فتضع وتتزوج قبل ان يمضي لها اربعة اشهر وعشرا فقال ان كان دخل بها فرق بينهما ثم لم تحل له ابدا واعتدت بما بقي عليها للاول واستقبلت عدة اخرى من الاخر ثلثة قروء (ومنها) ما عن طبريات المرتضى من انه روى ان امرأة نكحت في العدة ففرق بينهما امير المؤمنين ع وقال ايما امرأة نكحت في عدتها فان لم يدخل بها زوجها الذي تزوجها فانها تعتد من الاول ولا عدة عليها للثاني وكان خاطباً من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما وتاتي ببقية العدة من الاول ثم تاتي عن الثاني ثلثة قروء مستقبلة وروى مثل ذلك بعينه عن عمر و ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت وهي في العدة فضربها عمر وضرب

زوجها وفرق بينهما ثم قال ايما امرأة نكحت فى عدتها الى اخر الخبر المحكى عن امير المؤمنين ع وهذه الاخبار وان اختصت بالوطى بعد العقد الا ان الظاهر منهم عدم الفرق بينه وبين الوطى المجرد كما انه لا فرق بين الطلاق والفسخ والانفساخ ونحوها فان الظاهر منهم ان تعدد الموجب يوجب تعدد العدة وموارد الاخبار من باب المثال وعن ابن الجنيد والصدوق فى موضع من المقنع التداخل واختاره جماعة من متأخرى المتأخرين وهو الاقوى لما عرفت من ان مقتضى القاعدة فى المقام التداخل وجملة اخرى من الاخبار (منها) صحيح زرارة عن الباقر ع فى امرأة تزوجت قبل ان تنقضى عدتها قال يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً (ومنها) خبر ابى العباس عن ابى عبد الله ع فى المرأة تتزوج فى عدتها قال يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة عنهما جميعاً ونحوه مرسل جميل (ومنها) خبر زرارة عن الباقر ع فى امرأة فقدت زوجها او نعى اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال تعتد منهما جميعاً ثلثة اشهر عدة واحدة وليس للاخر ان يتزوجها ابداً (وهذه) الاخبار اصح من الاخبار السابقة فتقدم وان كان المشهور عملوا بالسابقة فتحمل على الندب او على التقية بشهادة فتوى عمر وخبر زرارة سئلت ابا جعفر ع عن امرأة نعى اليها زوجها فاعتدت وتزوجت فجاء زوجها الاول ففارقها وفارقها الاخر كم تعتد للناس قال ثلثة قروء وانما تستبرء رحمها بثلثة قروء وتحل للناس كلهم قال زرارة وذلك ان الناس قالوا تعتد عدتين من كل واحد عدة فابى ذلك ابو جعفر ع وقال تعتد بثلثة قروء وتحل للرجال (ومرسل) يونس فى امرأة نعى اليها زوجها فتزوجت ثم قدم الزوج الاول فطلقها وطلقها الاخر فقال ابراهيم النخعى عليها ان تعتد عدتين فحملها زرارة الى ابى جعفر ع فقال عليها عدة واحدة ومن العجب بعد هذه حمل المشهور بالاخبار الاولة حتى ان صاحب الجواهر بعد نقل جميع هذه الاخبار قال الا ان الجميع كما ترى بعد ما عرفت من الشهرة العظيمة فضلاً عن الاجماع المحكى بل يمكن دعوى تحصيله فلا مكافئة حتى يجمع بينهما بذلك انتهى (قلت) وهو كما ترى ثم على ما اخترنا اذا كان الطلاق رجعياً فللزوج الرجوع فيه فى الزمان المختص بعدته او المشترك بين العدتين دون المختص بعدة الشبهة كما ان على ما ذكروه يجوز الرجوع فى عدته دون عدة وطى الشبهة (نعم) لو كانت عدة وطى الشبهة مقدمة

بان وطئها شبهة ثم طلقها زوجها او كانت حاملة من الشبهة قد يقال بجواز الرجوع في زمان عدة الشبهة لصدق عدم انقضاء عدة الطلاق الرجعي ولكنه مشكل لان المعلوم جواز الرجوع اذا كانت في العدة الرجعية لا اذا لم تنقض وان لم تدخل بعد فيها فاللازم ان يكون الرجوع في العدة ولا يكفي بقائها عليها مع عدم الشروع فيها لا اقل من الشك والاصل معه عدم التأثير في الرجوع ﴿ مسئلة ١٢ ﴾ اذا طلق زوجته بائناً ثم وطئها شبهة فالاقوى وفاقا لجماعة التداخل حاملا كانت او حائلاً بل وكذا اذا كان الطلاق رجعياً وقلنا ان الوطي مع عدم قصد الرجوع به لا يكون رجوعا قهراً فتكفي عدة واحدة بمعنى دخول الاقل منهما في الاكثر وذلك لاصالة التداخل في مثل المقام على ما عرفت خصوصا مع كونهما لواحد وعدم شمول الاخبار المتقدمة الدالة على التعدد للمقام لان ظاهرها كون الواطي غير الزوج لكن المحكي عن الاكثر بل المشهور التعدد بناء على اصالة عدم التداخل خصوصا مع عدم اتحاد المكلف به كما اذا كانت احديهما بالوضع والاخرى بالاشهر او الاقراء وفيه ما عرفت ثم اذا كان الطلاق رجعيا يجوز له الرجوع في الزمان المختص بعدته او المشترك بينهما (مسئلة ١٣) اذا كانت عدة كل من الطلاق والوطي شبهة بالاشهر فلا اشكال في انها لا تخرج من العدة الا بانقضاء الاشهر من حين الوطي وكذا اذا كانت عدة كل منهما بالاقراء لا تخرج منها الا بانقضائها من حينه فله الرجوع في الزمان المختص بالطلاق او المشترك بينهما اذا كان الطلاق رجعياً وان كانت عدة الطلاق بالوضع فكذلك لا اشكال في جواز الرجوع ما لم تضع ولا بد من الاشهر او الاقراء بالنسبة الى الوطي شبهة من حين الوطي وان كانت بالاشهر وحملت من الوطي شبهة فعدة الوطي هي الوضع وله الرجوع في تلك الاشهر من عدة الطلاق دون ما بعدها فانه مختص بالوطي وان كانت بالاقراء وكانت عدة الوطي بالوضع فان كانت ترى الدم حال الحمل وقلنا باجتماع الحمل والحيض فلا اشكال في ان له الرجوع ما لم تنقض الاقراء وان لم تر الدم او قلنا بعدم اجتماع الحمل والحيض فالظاهر ان عدتها من الطلاق هي الاشهر ويجوز له الرجوع قبل انقضائها دون ما بعدها لما مر سابقاً من ان ايا من الامرين سبق من الاشهر والاقراء فقد انقضت العدة لكن قد يقال ان عدتها ايضاً من الطلاق وضع الحمل فله الرجوع ما لم تضع ولعله لاية اولى الاحمال

والمفروض ان الحمل منه وفيه ان كون عدة الطلاق بالوضع انما هو اذا كان الحمل موجوداً حال الطلاق لا فيما اذا وجد بعده وان كان منه فلا وجه لهذا القول كالاوجه لما يظهر من المحكي عن المسالك من ان عدتها حينئذ هي الاقراء اذا حصل الحمل في اثنائها وان طال زمانها لانها قد ابتدئت بها فلا ترجع الى الاشهر اذ لا دليل على هذه الدعوى مع انه لا اشكال في كفاية الاشهر اذا انقطع الدم بعد قرء او قرئين بمقتضى ما مر من ان ايا من الامرين سبق انقضت العدة (مسئلة ١٤) قد يقال فيما لو تزوجت في اثناء العدة ووطئت شبهة ان العدة تنقطع مدة بقاء الشبهة فلا تحسب تلك المدة من العدة السابقة بل تكمل بما بعد انحلالها لانها في تلك المدة فراش للزوج الثاني وان كان العقد فاسداً وهو لا يجامع العدة ولو كان الوطي بغير عقد فمقدار زمانه لا يعد من العدة والاقوى عدم انقطاعها بل هي باقية على العدة السابقة حتى زمان الوطي ودعوى المنافاة بين العدة والفراش ممنوعة لعدم الدليل بل العدة لا تنافي الزوجية الفعلية كما اذا وطئ زوجة الغير فان عليها العدة من الوطي مع انها باقية على زوجية ذلك الزوج ودعوى منافاة الوطي للعدة فيقتضي استثناء زمانه ايضاً ممنوعة فلا اشكال في جواز الرجوع اذا كان الطلاق رجعيا في حال بقاء الاشتباه بل في حال الوطي ايضاً (مسئلة ١٥) قد عرفت سابقاً ان فسخ النكاح باحد اسبابه كالطلاق في ايجاب العدة عليها اذا كانت مدخولة والظاهر جواز الفسخ منها بل او منه باحد اسبابه اذا كانت مطلقة رجعية لانها بحكم الزوجة مادامت في العدة وحينئذ فاذا طلقها ثم فسخت او فسخ هو من غير قصد للرجوع قبله هل يكفي اكمال عدة الطلاق او تجب عدة الفسخ ايضاً فعلى التداخل تستأنف العدة للفسخ من حينه وعلى عدمه تتمه بعد انقضاء عدة الطلاق وجهان قال في القواعد ولو فسخت النكاح في عدة الرجعي ففي الاكتفاء بالاكمال اشكال وعن كشف اللثام في بيان وجه الاشكال من ان الفسخ انما افاد البينونة وزيادة قوة في الطلاق من غير رجوع الى الزوجية او وصول وطي محترم وهو خيرة المبسوط ومن ان الطلاق والفسخ سببان للعدة والاصل عدم التداخل ولما كانت العدتان حقين لمكلف واحد وابطل الفسخ حكم الطلاق ولذا لا تثبت معه الرجعة استأنفت عدة الفسخ قلت والاقوى هو الوجه الاول لانصراف دليل وجوب العدة للفسخ عن هذه الصورة والاحوط الثاني لكن بالتداخل

على ما هو الاقوى وعلى فرض عدمه فاللازم استينافها للفسخ بعد اكمال عدة الطلاق لا كما ذكره كاشف اللثام لانا نمنع ابطال الفسخ حكم الطلاق من هذا الوجه نعم قد ابطل حكمه من حيث جواز الرجوع (مسئلة ١٦) الظاهر ان الرجوع في اثناء عدة الطلاق الرجعي مبطل للعدة لانها تصير زوجة فلا يبقى حكم الطلاق بعده وكذا تجديد النكاح في اثناء عدة الطلاق البائن ودعوى ان بطلانها انما هو بالنسبة الى الزوج واما بالنسبة الى الاجنبي فلا بد من اتمام العدة كما ترى (مسئلة ١٧) اذا طلقها بعد الدخول ورجع ثم طلقها قبل الدخول لا يجرى عليه حكم الطلاق قبل الدخول حتى لا يحتاج الى العدة لان الرجوع اعادة الزوجية السابقة فيصدق عليه الطلاق بعد الدخول من غير فرق بين اقسام الطلاق فما عن الشيخ الطوسي من انه اذا خالعها بعد الرجوع لا عدة عليها لا وجه له لان الخلع ايضاً طلاق واما اذا طلقها بائناً ثم جدد نكاحها في اثناء العدة ثم طلقها قبل الدخول ففي وجوب اكمال العدة او استيناف عدة من حين الطلاق او عدم وجوب عدة عليها لان العدة الاولى بطلت بتجديد النكاح والطلاق بعده طلاق قبل الدخول فلا عدة بعده وجوه اقويها بحسب الجمود على القواعد الثالث واحوطها الثاني بدعوى صدق كونه بعد الدخول باعتبار الدخول السابق الذي لم تتم عدته ومن ذلك يظهر حكم ما يقال من جواز نكاح جماعة في يوم واحد امرأة واحدة مع مقاربة كل منهم لها كما اذا تزوجها واحد بالعقد الانقطاعي ثم وهب مدتها بعد الدخول بها ثم تزوجها وطلقها قبل الدخول بها فيعقد عليها الاخر ويدخل بها ثم يهب مدتها ثم تزوجها وطلقها قبل الدخول بها وهكذا فان مقتضى الجمود جواز ذلك لكنه مشكل ومقتضى الاحتياط عدمه

﴿ الفصل السادس في بعض احكام العدة ﴾

(مسئلة ١) المطلقة الرجعية بمنزلة الزوجة ما دامت في العدة لعدم انقطاع العصمة بينها وبين الزوج كما يظهر من الاخبار الدالة على جواز دخوله عليها من غير استيذان وجواز اظهارها زينتها له ففي الموثق المطلقة تعتد في بيتها وتظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك امراً (وفي الخبر) المطلقة تشوق لزوجها ما كان له عليها رجعة ولا يستأذن عليها (وفي اخر) المطلقة تكتحل وتختضب وتلبس ما شاءت من الثياب فان الله يقول ﴿لعل الله يحدث بعد ذلك امراً﴾ لعلها ان تقع في نفسه فيراجعها فتستحق النفقة والكسوة

والسكنى اذا لم تكن ولم تصر ناشزة ويدل عليه جملة من الاخبار ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين الة التنظيف وغيرها وان قيل باستثنائها لعدم استمتاع الزوج بها ويؤيد الاطلاق الاخبار المشار اليها ولا فرق في الزوجة بين كونها حرة او امة حائلة او حاملة وكذا يترتب عليها ساير آثار الزوجية من التوارث بينهما لو مات احدهما وهي في العدة وعدم جواز نكاح اختها والخامسة وكون كفنها وفطرتها على الزوج وكذا في عدم الربا بينه وبينها على اشكال ﴿ واما المطلقة البائنة كالمختلعة والمبارات والمطلقة ثالثاً فقد انقطعت العصمة بينهما وبين الزوج فلا تستحق النفقة ولا يكون بينهما توارث ويجوز نكاح اختها ويكون امرها بيدها نعم اذا كانت حاملاً تستحق النفقة والكسوة والسكنى الى ان تضع للنص الخاص واذا كان الطلاق بايناً ثم صار رجعياً كما في الخلع اذا رجعت في البذل هل يلحقها حكم الرجعي من التوارث واستحقاق النفقة وعدم جواز نكاح اختها الظاهر نعم وان استشكل فيه بعضهم لاستصحاب بقاء حكم البائن واذا اسقط الزوج حق رجوعه في الطلاق الرجعي بناء على كونه حقاً قابلاً للاسقاط ففي لحوق حكم البائن به اشكال وان كان لا يبعد ذلك لصدق كونه طلاقاً لا رجوع فيه بخلاف ما اذا شرطت عليه ان لا يرجع في ضمن عقد لازم فانه لا يصدق عليه البائن وكذا اذا نذر ان لا يرجع في طلاقه واما لو صالح عن حق رجوعه بكذا فحكمه حكم اسقاط حق الرجوع واذا شك في ان الطلاق كان رجعياً او بايناً فالاصل هو الاول لان الاصل عدم وقوع الطلاق الثالث وكذا الاصل عدم وقوع الخلع فتأمل لانهما من الاصول المثبتة وفي الحقيقة يرجع الشك الى ان هذا الواقع ثان او ثالث او خلع او غيره واصالة عدم وقوع الثالث لا تثبت انه ثان كان اصالة عدم وقوع الخلع لا تثبت وقوع غيره بل هي معارضة باصالة عدم وقوع غير الخلع نعم اصالة عدم وقوع الثالث تنفع في عدم الحاجة الى المحلل كما ان اصالة عدم وقوع الخلع تنفع في عدم ترتب اثاره الخاصة نعم يمكن ان يقال مقتضى عموم قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن ﴿ جواز الرد الى ما اخرجه الدليل ﴾ كما اذا كان ثالثاً او خلعاً فليس الرجوع معلقاً على كونه ثانيا او غير خلع بل عدم جواز الرجوع معلق على عنوان خاص ويكون الاصل عدمه ﴿ مسئلة ٣ ﴾ اذا ادعت الحمل في الطلاق البائن لارادة استحقاق النفقة هل يقبل قولها او لا قولان يظهر من الشرايع ﴿ الاول ﴾

حيث قال صرفت اليها النفقة يوما فيوما فان تبين الحمل والا استعيدت وعن السرائر الثاني الا اذا شهدت به اربع قوابل واستجوده صاحب المسالك لان الاصل عدم الحمل الذي هو الشرط في وجوب الانفاق والاقوى الاول لا لما قيل من ان عدم قبول قولها مستلزم للحرج لحبسها من غير انفاق ولا لانه لا يعلم الا من قبلها بل لقوله ع في خبر زراره قد فوض الله الى النساء ثلثة اشياء الحيض والطهر والحمل ثم اذا تبين عدمه استعيدت منها لظهور عدم كونها مستحقة وكون الوجوب ظاهريا ولا وجه لما عن الرياض من ان الاظهر عدم الرجوع بالمأخوذ للاصل الا اذا دلست لعدم جريان الاصل بعد تبين الواقع (مسئلة ٤) اذا اتفقا على وقوع الطلاق والوضع واختلفا في السابق منهما فقال احدهما السابق هو الطلاق فبالوضع حصل الخروج عن العدة وقال الاخر السابق هو الوضع فلابد من العدة للطلاق الواقع بعده فقتضي القاعدة تقديم قول من يدعي بقاء العدة عليها زوجا كان او زوجة سواء علم تاريخ احدهما او جهل التاريخان لان اصل عدم تقدم احدهما لا يثبت تاخره مع ان في صورة الجهل بهما يتعارض الاصل من الطرفين وحينئذٍ فالمرجع اصالة بقائها في العدة للعلم بثبوتها وكون الشك في انقضائها لكن مقتضى وجوب تصديقهن في العدة نفياً واثباتاً تقديم قولها ولا وجه لما يظهر من صاحب الجواهر من عدم شمول هذه القاعدة للمقام كما انه ظهر عدم الوجه لما يظهر من الشرايع من جريان اصالة عدم التقدم في مجهول التاريخ في صورة العلم بتاريخ احدهما وكذا لا وجه لما عن الشيخ وجماعة من انهما اذا اتفقا في زمن الطلاق واختلفا في زمن الوضع كان القول قولها لانه اختلاف في زمن الولادة وهي فعلها واذا اتفقا في زمن الوضع واختلفا في زمن الطلاق كان القول قوله لانه اختلاف في فعله وذلك لانه لا دليل على تقديم قول صاحب الفعل عند الاختلاف فظهر ان الاقوال في المسئلة ثلثة وان الاقوى ما ذكرنا من تقديم قولها لان امر العدة نفياً واثباتاً اليها (مسئلة ٥) قد مر ان المطلقة بائناً امرها بيدها تعتد في اي مكان شائت لا تستحق نفقة ولا سكنى الا اذا كانت حاملا ومثلها المعتدة لفسخ ونحوه او لوفاة فانها ايضاً امرها بيدها ولا تستحق نفقة وان كانت حاملا على الاقوى من كون النفقة في المطلقة للحامل لا للحمل واما المطلقة الرجعية فتعتد في بيت زوجها ولا يجوز له اخراجها كما لا يجوز لها الخروج منه حاملا كانت او حائلا بالاجماع

والكتاب والنصوص قال تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة (وفى الموثق) عن المطلقة اين تعتد قال ع فى بيت زوجها (وفى الخبر) عن المطلقة اين تعتد قال فى بيتها اذا كان طلاقا له عليها رجعة ليس له ان يخرجها ولا لها ان تخرج حتى تنقضى عدتها (وفى موثق) سماعه عن المطلقة اين تعتد قال فى بيتها لا تخرج وان ارادت زيارة خرجت بعد نصف الليل ولا تخرج نهاراً وليس لها ان تحج حتى تنقضى عدتها (وفى صحيح) ابى خالد عن شئ من الطلاق فقال ان طلق الرجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعة طلقها وملكت نفسها ولا سبيل له عليها وتعتد حيث شائت ولا نفقة لها قال قلت اليس الله يقول ولا تخرجوهن الى اخره فقال انما عنى بذلك الذى يطلق تطليقة بعد تطليقة فتلك التى لا تخرج حتى تطلق الثالثة فقد بانت منه ولا نفقة لها والمرأة التى يطلقها الرجل تطليقة ثم يدعها حتى يخلو اجلها فهذه ايضاً تعتد فى منزل زوجها ولها النفقة والسكنى حتى تنقضى عدتها § (وفى صحيح الحلبى) لا ينبغى للمطلقة ان تخرج الا باذن زوجها حتى تنقضى عدتها ثلثة قروء او ثلثة اشهر ان لم تحض نعم اذا اتت بالفاحشة جاز اخراجها والمراد بها الزنا كما فى خبر او السحق كما فى اخر او اذية اهل الزوج بالسب وسوء الخلق كما فى ثالث وقد يقال ان المراد منها مطلق الذنب وهو بعيد مع انه قد يقال ان المراد ان خروجها فاحشة فدل على النهى عن الخروج بابلغ وجه والاظهر ان المراد منها ما يوجب اقامة الحد عليها او يعد من النشوز كاذية الزوج او اذية اهله ويجوز خروجها للضرورة لاداء واجب او تحصيل المعيشة اذا لم يقم بها زوجها لمكاتبة الصفار فى امرأة طلقها زوجها ولم تجر عليها النفقة للعدة وهى محتاجة هل يجوز لها ان تخرج وتبيت عن منزلها للعمل والحاجة فوقع ع لا باس بذلك اذا علم الله الصحة منها ثم المستند الى ظاهر الاكثر عدم جواز الخروج ولو باذن الزوج وانهما لو اتفقا على ذلك ورضيا به يمنعها الحاكم والاقوى الجواز خصوصاً مع صراحة صحيحة الحلبى فيه هذا (والمعلوم) من كلماتهم انهم فهموا من الاية والاخبار المذكورة كون هذا اى حرمة الاخراج والخروج حكما تعبديا فى خصوص المطلقة الرجعية وان اللازم كون عدتها فى المكان الذى طلقت فيه بحيث لا يجوز نقلها وانتقالها الى مكان اخر الا بسبب مجوز شرعى ولهذا ذكروا

انه لا يجوز ولو باذن الزوج ورضاها ورتبوا على الحكم المذكور فروعاً كثيرة واطالوا الكلام فيها كقولهم فيما لو كان الطلاق في مكان مستعار او مستأجر قد انقضى اجله يجب على الزوج ان يطلبه من المالك ولو باجرة توصلا الى تحصيل الواجب بحسب الامكان فان امتنع او طلب ازيد من اجرة المثل جاز النقل وهل يجب الاقرب فالاقرب اولا وكذا لو كان المسكن الذي طلقت فيه دون مستحقها او ازيد منه هل يجوز نقلها اولا وحكمهم بانه لو باع المسكن فان لم يذكر للمشتري كونه محلا لعدة المطلقة يكون المشتري مخيراً بين الفسخ والصبر الى انقضاء مدة العدة وان شرط على المشتري بقائها فيه بطل البيع اذا كانت عدتها بالاقراء للجهالة وصح ان كان بالاشهر وحكمهم بانه لو حجر الحاكم على الزوج قدم حقها في الاعتداد على حق الغرماء لسبقه وانه لو طلقها في السفينة فكذا ولو كانت بدوية فكذا وهكذا من الفروعات والتطويلات التي لا طائل تحتها ولا تناسب مذهب الامامية ولكن الظاهر بل المقطوع به ان المراد من الاية والاخبار ان المطلقة الرجعية بمنزلة الزوجة في استحقاق النفقة والسكنى وعدم جواز خروجها عن بيته بغير اذنه وانها لو اتت بما يوجب النشوز سقط حقها فالنهي في الاية والاخبار لبيان انها لم تصر بالطلاق اجنبية ولدفع هذا التوهم وعلى هذا فحالها حال الزوجة في استحقاق السكنى لكن مع كون الامر بيده فله ان ينقلها من مكان الى مكان اخر سفرا وحضرا وفي سلطنته وعدم جواز خروجها عن طاعته

(مسئلة ٦) اذا طلقها بائناً ثم وطأها في العدة شبهة وجب عليه مهر المثل مع جهلها بالحال واذا وطأها عالماً عامداً وجب عليه الحد واما المعتدة بالطلاق رجعياً فلا يحد اذا وطئها من غير قصد الرجوع وان قلنا بعدم كونه رجوعاً قهراً نعم يعزر لاقدامه على ما هو محرم عليه وهل تستحق عليه مهر المثل اذا وطئها شبهة على البناء المذكور يظهر من بعضهم ذلك والاقوى عدم وجوبه

تمت مسائل العدة ولله الحمد

" ويليه كتاب الوكالة "



بسم الله الرحمن الرحيم

قال جل شأنه العزيز

فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك

بالعروة الوثقى لا انفصام لها

هذا كتاب الوكالة من كتاب

العروة الوثقى

فيما تعم به البلوى

لسيد العلماء الربانيين حجة الاسلام والمسلمين آية الله في

العالمين خاتمة السلف وغاية الشرف سيدنا الاعظم

المرحوم المبرور السيد محمد كاظم الطباطبائي

اعلى الله في الفردوس درجته

ورفع في الجنان

منزلته

طبعت بمطبعة [الحيدريه] في النجف الاشرف

للشيخ محمد صادق واخيه الشيخ محمد ابراهيم

حفظهما الله

١٣٣٩ م

كتاب الوكالة

بسم الله الرحمن الرحيم

وهي استنابة في التصرف في امر من الامور في حال حيوته بخلاف الوصاية فانها الاستنابة بعد الموت وقد يقال في الفرق بينهما ان الوصاية اعطاء ولاية وفي هذا الفرق تامل بل منع واما الفرق بينها وبين الوديعة فهو انها استنابة في الحفظ بل لا يلاحظ فيها الاستنابة وان استلزمتها واما بينها وبين العارية فواضح وكذا المضاربة اذ حقيقتها ليست استنابة وان تضمنتها في الجملة ﴿ مسئلة ١ ﴾ المشهور ان الوكالة من العقود فيعتبر فيها الايجاب والقبول ويتحقق ايجابها بكل لفظ دال على الاستنابة وقبولها بكل ما يدل على الرضا بذلك من قول او فعل بل يتحقق ايجابها ايضاً بكل ما يدل عليه من قول او فعل فيتحقق بالاشارة والكتابة والاقوى عدم كونها من العقود فلا يعتبر فيها القبول ولذا ذكروا انه لو قال وكلتك في بيع داري فباعه صح بيعه والظاهر ذلك وان غفل عن قصد النيابة وعن كونه قبولاً لايجابه مع انها لو كانت من العقود لزم عدم صحة بيعه لعدم تمامية الوكالة قبله وما عن العلامة من ان الرضا الباطني كاف في القبول وهو حاصل لا وجه له اذ هو لا يخرجه عن حد الفضولية وفي الحقيقة هذا منه التزام بعدم شرائط القبول مع ان الظاهر صحة البيع وان لم يكن ملتفتاً الى النيابة وليست الصحة مختصة بصورة الالتفات والقصد وايضاً لو كانت من العقود لزم مقارنة القبول لايجابه مع انه يجوز توكيل من ليس حاضراً ويبلغه الخبر بعد مدة ودعوى انه ليس من باب الوكالة بل من باب الاذن في التصرف كما ترى (هذا والمراد من عدم كونها من العقود انه لا يشترط في تحققها القبول والا فلو اوقعت بنحو الايجاب والقبول تكون عقداً ويتحصل انها تتحقق بكل من الوجهين (مسئلة ٢) لا يكفي

في تحقق الوكالة العلم بالرضا الباطني في التصرف وان كان الرضى فعليا فضلاً عما لو كان تقديريا بل لا بد له من مظهر من قول او فعل نعم يكفي في جواز التصرف من حيث الحرمة التكليفية فيجوز له اكل ماله مع العلم بذلك باطناً لكن لو علم بانه راض باطناً ببيع داره لا ينفذ بيعه بل يكون فضولياً (مسئلة ٣) لو وكله في بيع ماله ونسي الوكيل وكالته وباعه بعنوان الفضولية صح ونفذ وكذا لو نسي الموكل انه جعله وكيلاً فانه يصح وينفذ وان ذهل عن ذلك بالمرة وكذا الحال في الاباحة فانه لو لم يعلم المباح له او نسي او ذهل المبيح لا يكون محرماً عليه لو تصرف نعم مع جهل المباح له او نسيانه يكون متجرياً اذا كان ملتفتاً (مسئلة ٤) لو وكل زيد عمرو في بيع مال بكر فباع فيجوز لبكر ان يجيز الوكالة وله ان يجيز البيع والثمرة يظهر في الجعل اذا كانت الوكالة بجعل فيستحق عمرو على الاول ولا يستحقه على الثاني (مسئلة ٥) لو اذن له في التصرف في ماله صح وافاد فائدة الوكالة ولا يحتاج الى القبول عندهم ايضاً وكذا لو امره في التصرف او التمس منه ذلك بل يمكن ان يقال انها وكالة كما يظهر من بعضهم وهو مؤيد ايضاً لما ذكرنا من عدم كونها من العقود (مسئلة ٦) تتحقق الوكالة باشتراطها على وجه النتيجة في ضمن عقد من العقود اللازمة او الجائزة كما اذا ارهنه داره واشترط في عقد الرهانة كونه وكيلاً في بيعها اذا لم يوف الدين الى زمان كذا ودعوى ان الوكالة تحتاج الى انشاء مستقل والشرط لا يصلح لتحققها الا ان يرجع الشرط الى اشتراط متعلق الوكالة من البيع او نحوه كما يظهر من بيانات صاحب الجواهر في باب الرهن كما ترى بل التحقيق تحققها بكل ما يدل عليها ولا حاجة الى الارجاع المذكور (مسئلة ٧) المشهور انه يشترط في صحة الوكالة التنجيز فلو علقها على شرط كمجيء زيد او صفة كطلوع الشمس بطلت وهل يصح معه التصرف لبقاء الاذن الضمني او لا قولان نعم اذا كانت منجزة وعلق التصرف على شرط او صفة او اشترط تاخير التصرف الى زمان كذا صحت والاقوى صحتها مع التعليق في اصلها لعدم الدليل على بطلانها ولذا الاشكال في جواز تعليق الاذن على امر مع انه تفيد فائدة الوكالة او هي منها وشمول الاجماع على اشتراط التنجيز في العقود لمثل المقام غير معلوم بل هو مختص بمثل البيع والاجارة ونحوهما وعلى فرض عدم الصحة جواز التصرف بالاذن الضمني مشكل ولذا لا نقول بمثله في سائر العقود الفاسدة

﴿ مسئلة ٨ ﴾ يشترط في صحة الوكالة عدم الايهام الموجب للغرر فلو قال وكلتك ولم يبين في اى شئ بطل وكذا لو قال وكلتك في امر من اموري او في شئ من اموالي ونحو ذلك نعم لو قال وكلتك في بيع داري او بستاني او في بيع فرسي او حماري او في بيع داري او اجارتها ونحو ذلك صح ولا يضر الترديد (مسئلة ٩) قيل لو وكله في شراء عبد واطلق لم يصح بل لابد ان يبين بعض اوصافه مثل كونه تركيا او حبشيا او نحو ذلك والاقوى صحته لانه قد يتعلق غرضه بملكية عبد اى نحو كان وقد يفرق بين ما اذا كان للتجارة او للخدمة فيجب التعيين في الثاني دون الاول ولا وجه له ايضاً §§§§ (مسئلة ١٠) الاقوى جواز التوكيل في جميع امواله او في كل قليل وكثير او في جميع اموره وجعله بمنزلة نفسه في جميع ما يتعلق به ولا يلزم الغرر للعموم ولا الضرر لوجوب مراعاة المصلحة على الوكيل فالقول بعدم جواز التوكيل في كل قليل وكثير للغرر والضرر لا وجه له بل الاقوى الجواز اذا وكله ولو مع عدم مراعاة المصلحة ما لم يكن داخلاً في عنوان السفه (مسئلة ١١) لو وكله في ابراء ماله من الدين على شخص صح وان لم يعلم هو ولا الوكيل مقدار ذلك الدين ﴿ مسئلة ١٢ ﴾ لا اشكال في ان للموكل ان يعزل الوكيل اذا لم يكن شرطاً في ضمن العقد اللازم فلا يصح تصرفه بعد العزل اذا اعلمه به والمشهور ان للوكيل ايضاً ان يعزل نفسه لانها من العقود الجائزة ومن شأنها الانفساخ بفسخ احد الطرفين ومعه تبطل الوكالة سواء اعلم الموكل بعزله نفسه اولا وهل يبقى جواز التصرف ونفوذه بالاذن الضمني قولان ويظهر الثمرة على القول بالبطلان وبقاء جواز التصرف بالاذن الضمنى في استحقاق الجعل فمع عدم البطلان يستحق الجعل ومع البطلان وبقاء الاذن يصح التصرف ولكن لا يستحق ما جعل له والاقوى عدم البطلان بعزله ان لم يكن اجماع لما عرفت من منع كونها من العقود وحالها حال الاذن في التصرف والاباحة له ومن المعلوم ان المأذون له التصرف ما لم يرجع الاذن عن اذنه وان رد المأذون وكذا المباح له التصرف ما لم يرجع المبيح ﴿ مسئلة ١٣ ﴾ اذا شرط الوكالة على وجه شرط النتيجة في ضمن عقد لازم ولو من طرف من عليه الشرط لزمت وليس له عزل الوكيل على الاقوى المشهور لان الوكالة وان كانت جائزة الا انها تلزم اذا جائت من قبل الشرط فلا وجه لتردد المحقق في الشرايع في باب الرهن

فيما اذا شرط الراهن وكالة المرتهن في ضمن عقد الرهانة واذا شرطت في العقد الجائز لزم العمل بالشرط مادام العقد باقياً لم يجوز فسخ العقد فتنفسخ الوكالة ايضاً ولكن الظاهر المشهور كونها جائزة حينئذ ولو مع بقاء العقد ويمكن حمل كلامهم على ماذكرنا والافلا وجه له واذا اشترط على الوكيل عدم عزله نفسه لزم ايضاً فلايجوز له حينئذ ترك العمل بمقتضى الوكالة ﴿ مسئلة ١٤ ﴾ اذا وكله في ضمن عقد لازم ثم شرط ان لايعزله صح ولاينعزل حينئذ بعزله لانه خلاف مقتضى الشرط فلاوجه لاحتمال انعزاله بالعزل وانه فعل حراما واذا شرط في ضمن عقد لازم توكيله وجب عليه ايقاعه وهل ينعزل اذا عزله في هذه الصورة اولا وجهان من ان الشرط هو التوكيل وقد وقع ومن ان المقصود من الشرط التوكيل مع بقاء الوكالة وبعبارة اخرى الوكالة بلاعزل فكانه شرط امرين الايقاع والابقاء ﴿ مسئلة ١٥ ﴾ اذا شرط في ضمن عقد الوكالة ان لايعزله فالظاهر لزومها للزوم العمل بالشرط وتوهم الدور مندفع بالتأمل فان لزوم الشرط ليس موقوفا على بقاء الوكالة بل على ايقاع عقدها وقد حصل ﴿ مسئلة ١٦ ﴾ الاقوى ماهو المشهور من عدم انعزال الوكيل بعزل الموكل اياه الا بعد اعلامه بالعزل فلو تصرف قبل ذلك نفذ على الموكل ، ان كان قد عزله من غير فرق بين النكاح وغيره ومن غير فرق بين الاشهاد على عزله وعدمه للنصوص المستفيضة الواضحة الدلالة فلاوجه لما عن القواعد العلامة من الانعزال بالعزل مطلقا الامارسله الشيخ عن خبر قد اعترف غير واحد بعدم العثور عليه ، لافرق على الاقوى بين امكان الاعلام وعدمه فما عن جماعة من توقف الانعزال على الاعلام في صورة التمكن منه ومع عدمه يكفي اشهاد شاهدين على عزله لاوجه له وذلك لاطلاق تلك الاخبار ويكفي في الاعلام اخبار ثقة كما يستفاد من صحيحة هشام ﴿ مسئلة ١٧ ﴾ ذكروا انه تبطل الوكالة بعد تحققها بامور منها مامر من عزل الموكل للوكيل مع اعلامه او عزل الوكيل نفسه على القول به ، ومنها فوات متعلقها كموت العبد الموكل في بيعه او عتقه وموت المرأة الموكل في تزويجها او طلاقها او كتلف ماوكله في بيعه او شرائه او الثمن الذي وكله في الشراء به وكبيع العبد الموكل في عتقه او عتق العبد الموكل في بيعه ونحو ذلك واما لو وكله في شراء شيء ودفع اليه دينارا مثلا ثم تلف الدينار على وجه الضمان فهل تبطل الوكالة بتلفه او تبقى لقيام عوضه مقامه

وجهان والظاهر انه تابع للقرائن فان استفيد منها عدم التقييد بذلك الدينار فقط وان استفيد منها التقييد بطلت وكذا مع الشك اخذاً بالقدر المتيقن ولو وكله في طلاق زوجته ثم وطئها او بيع داره ثم اجرها ونحو ذلك مما يوجب الرغبة في الزوجة والدار فالظاهر كونه تابعاً للقرائن فان دلت على عزله بطلت والا فلا ومع الشك فالاصل بقائها ومنها اتيان الموكل بنفسه او وكيله الاخر متعلق الوكالة كما اذا وكله في بيع داره ثم باعها مباشرة او باعها وكيله الاخر او باعها فضولي فاجاز بيعه (ومنها) موت الوكيل فلا تنتقل الوكالة الى وارثه الا اذا اشترط كون وارثه وكيلاً بعده او كانت الوكالة مشروطة في ضمن عقد لازم وكان متعلقها حقاً راجعاً للوكيل كما اذا اشترط في عقد البيع او نحوه كونه وكيلاً في نقل شيء معين من ماله الى نفسه فانه يمكن ان يقال بانتقالها الى وارثه من حيث كونها حقاً له وقد تركه ولكن يظهر منهم عدم الالتزام بذلك حيث ذكروا في باب الرهن انه لو شرط وكالة المرتهن في بيع العين المرهونة لوفاء دينه صح ولو مات المرتهن لم تنتقل الى وارثه الا اذا شرط ذلك (ومنها) موت الموكل على المشهور المدعى عليه بالاجماع وربما يستدل عليه بان مناط جواز تصرف الوكيل هو الاذن وتنقطع بالموت وفيه ان حدوث الاذن كاف فيه ولذا لو وكله ثم سهى عن توكيله بالمرة بحيث لم يبق في خزانة خياله ايضاً نفذ تصرفه عليه وايضاً له ان يقول انت وكيلي في حيوته وبعد موتي غاية الامر ان يدخل في عنوان الوصية ايضاً بالنسبة الى ما بعد الموت وبان المال بعد موته ينتقل الى الورثة فيتوقف التصرف على اذنهم (وفيه) انه قد لا يكون متعلقاً بالمال وايضاً لا يتم بالنسبة الى الثلث الراجع امره اليه مع ان الاقوى ان له ان يتصرف في ماله بعد موته بازيد من الثلث ايضاً بمثل البيع بثمن المثل ومن العجب استدلال صاحب الحدائق وتبعه صاحب الجواهر بموثقة ابن بكير عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله ع في رجل ارسل يخطب امرأة وهو غائب فانكحوا الغائب وفرض الصداق ثم جاء خبره انه توفي بعدما سيق الصداق فقال ع ان كان املك بعدما توفي فليس لها صداق ولا ميراث وان كان املك قبل ان يتوفى فلها نصف الصداق وهي وارثة وعليها العدة (وفيه) ان البطلان فيه ليس من جهة موت الموكل بل من جهة عدم صحة تزويج الميت فالعمدة في الحكم بالبطلان الاجماع ان تم ودعوى الانصراف الى حال حيوته في الغالب

﴿ ومنها ﴾ الجنون والاغماء من احدهما من غير فرق بين كون الجنون اطباقياً او ادوارياً وكون مدة الاغماء قصيرة او طويلة ومن غير فرق بين علم الموكل بذلك وجهله وظاهرهم الاجماع على البطلان بعروض احدهما لاحدهما فبعد الافاقة يحتاج الى توكيل جديد وربما يستدل ايضاً بانقطاع الاذن في جنون الموكل وفيه انه ممنوع بل لا يبعد ان يقال له ان يوكل في حال عقله وافاقته من يتصدى اموره اذا جن او اغمي عليه فيكون الوكيل اولى من الحاكم الشرعي بل يمكن ان يقال انه اولى من وليه الاجباري لانه اولى بنفسه وقد جعل لنفسه من يتصدى اموره وايضاً لا مانع من ان يقول للوكيل انت وكيلي ما دمت عاقلاً بان يصرح بوكالته حال عقله سواء كان من الاول او بعد الافاقة من الجنون وكذا بالنسبة الى الاغماء فالعمدة الاجماع ان تحقق ﴿ ومنها ﴾ الحجر على الموكل وهو وان كان موجباً لعدم صحة تصرف الوكيل حال محجورية الموكل الا ان كونه مبطلاً بحيث لا يصح تصرفه بعد زوال الحجر ايضاً محل منع الا ان يكون اجماعاً ومنها عروض الرق على الموكل كما اذا وكل وهو كافر فاسترق وكذا لو عرض على الوكيل فانه يصير عبداً للغير ﴿ ومنها ﴾ عروض الفسق للوكيل اذا علقت الوكالة على عدالته ولا تبطل بالنوم وان طال ولا بعروض النسيان لاحدهما ولا بالسكر من احدهما ﴿ مسئلة ١٧ ﴾ في الموارد التي يعرض البطلان على الوكالة اذا كان مال من الموكل بيد الوكيل يبقى على كونه امانة فلو تلف في يده من غير تفريط لم يضمن لكن يجب عليه المبادرة الى ايصاله الى الموكل او وارثه والا ضمن لو تلف ﴿ مسئلة ١٩ ﴾ لو وكله في قبض دين له على شخص فقبضه بعد عروض البطلان على الوكالة لا يصير المقبوض ملكاً للموكل بل يكون باقياً على ملك الدافع وكذا لو وكله في استقراض شيء فاستقرضه بعد البطلان فانه باق على ملك المقرض وكذا لو وكله في شراء شيء فاشتراه بعد البطلان واخذه فانه باق على ملك البائع ولو تلف في يده فالظاهر ضمانه للمالك وهل له الرجوع على الموكل من حيث انه انما قبضه بعنوان الوكالة عنه وجهان والظاهر انه يستحق الجعل الذي جعله له او اجرة المثل لعمله لان عمله محترم وان كان باطلاً لعروض المبطل للوكالة وكذا لو وكله في عمل يتوقف على مقدمات فاتى به ثم بطلت الوكالة قبل العمل فانه يستحق الجعل او اجرة المثل بالنسبة الى ما عمل من المقدمات

الا ان يكون الجمل على نفس ذلك العمل

﴿ الفصل الاول في بيان وظيفة الوكيل بالنسبة الى العمل بما وكل فيه ﴾

﴿ مسئلة ١ ﴾ لا يجوز للوكيل ان يتعدى عما عينه الموكل في متعلق الوكالة من حيث الجنس والنوع والصنف والشخص والوصف والقدر والعين والذمة والنقد والنسيئة وجعل الخيار وعدمه ونوع المعاملة من العقد والايقاع والبايع والمشترى والزمان والمكان ونحو ذلك فلو خالف عمداً او خطاء او جهلاً او سهواً بطل فيما لا يقبل الاجازة وتوقف عليها فيما يقبلها الا ان يعلم عرفا كون التعيين من باب المثال او علم رضاه بالتعدي بالفحوى او بشاهد الحال فلو قال بعه بثمن كذا او اشتر بثمن كذا لا يجوز البيع بالاقل في الاول والشراء بالازيد في الثاني واما البيع بالازيد او الشراء بالاقل فالظاهر جوازها لدلالة العرف على ان الغرض من الاول عدم الاقل ومن الثاني عدم الازيد الا ان يحتمل ان يكون له غرض في خصوص ذلك المقدار وكذا لو عين سوقا معيناً للبيع او الشراء او شخص المشترى او البايع او نحو ذلك لا يجوز التعدي والابطال مع عدم الاجازة وضمن اذا تلف في يده شيء من مال الموكل

(مسئلة ٢) مع اطلاق الوكالة اللازم على الوكيل الاقتصار على القدر المنصرف اليه الاطلاق ومع عدم الانصراف الاخذ بالقدر المتيقن ومراعاة مصلحة الموكل فمع اطلاقها في مثل البيع والشراء اللازم البيع او الشراء بثمن المثل حالاً بنقد البلد وان يبتاع الصحيح دون المعيب فلو باع باقل من ثمن المثل او اشترى بازيد منه بما لا يتسامح به في العادة كدرهم او درهمين في الف درهم وقف على الاجازة بل لو وجد باذل بازيد من ثمن المثل في الاول او باقل منه في الثاني وجب اختياره بل لو كانت المعاملة الواقعية خيارية واتفق الباذل بعدها في مدة الخيار وجب عليه فسخها والمعاملة مع ذلك الباذل وكذا لو باع نسيئة مع امكان النقد وقف على الاجازة الا اذا كانت المصلحة في النسيئة كما اذا كان الطريق مخوفا فان النسيئة حينئذ احفظ للثمن واصلح وكذا لو باع بغير النقد الغالب في البلد فانه ايضاً موقوف على الاجازة وكذا الحال في شراء المعيب وقد قال في شراء المعيب انه صحيح ولكن يكون للموكل خيار العيب لان في المتعارف قد يكون العيب خفياً فيكون الشراء من الوكيل على القاعدة ولا يعد شراؤه مخالفة

المقتضى الوكالة ولذا لا يحكم ببطلان شراء العامل المضاربة اذا تبين كون الجنس المشترى معيباً بل يحكم بثبوت الخيار وهذا بخلاف البيع او الشراء بغير ثمن المثل فان القيمة لا تكون خفية على المتعاملين فيكون فضولياً ولكن التحقيق عدم الفرق اذ القيمة ايضاً قد تخفى فى مثل بعض الجواهر فتكون المعاملة على القاعدة فاللازم فيه ايضاً الصحة وثبوت خيار الغبن للموكل كما ان العيب ايضاً فى الغالب غير خفى فالاولى ان يجعل المناط كون المعاملة على المتعارف او على خلافه ففى الاول يحكم بالصحة والخيار فى المقامين وفى الثانى بالفضولية فى المقامين وكذا الحال فى مسئلة المصلحة والمفسدة فانه اذا مشى الوكيل فى مراعاة المصلحة على المتعارف فتبين الخلاف لخفاء جهاتها لا يحكم ببطلان معاملته بل غاية ما يكون ثبوت الخيار مع وجود موجبه (مسئلة ٣) اذا باع الوكيل او اشترى وكان له الخيار وجب عليه مراعاة المصلحة فى اختيار الفسخ والابقاء فلو كانت المصلحة فى الابقاء فخالف وفسخ لم ينفذ فسخه لانه على خلاف مصلحة الموكل واذا كانت فى الفسخ ولم يفسخ ليس عليه الا الاثم وتبقى المعاملة صحيحة والظاهر انه ضامن للضرر الوارد من جهة عدم الفسخ لان الضرر مستند اليه ويمكن ان يقال بعدم الضمان وكذا الحال اذا كانت المعاملة صادرة عن الموكل مع الخيار فوكل رجلا فى اعمال الخيار بالفسخ او الامضاء فعمل على خلاف المصلحة (مسئلة ٤) لو وكله فى بيع شئ فباعه بثمن المثل فقال الموكل انى عينت الازيد وادعى الوكيل الاطلاق المنصرف الى ثمن المثل فالظاهر تقديم قول الموكل لان الاصل عدم التعيين ويحتمل تقديم قول الموكل لان مرجعه الى انه لم يوكله بهذه القيمة ولو بالاطلاق المنصرف اليها وكذا لو باع بنقد البلد وقال الموكل عينت النقد الفلانى او عينت البيع بغير النقد بل بالعروض ولو اتفقا على انه عين شيئاً واختلفا فى تعيينه فالظاهر تقديم قول الموكل لاصالة عدم توكيله فى الذى باع به ويحتمل تقديم قول الوكيل لان مرجع تقديم قول الموكل الى تخوينه ولا يجوز تخوين الامين ولكن الاقوى الاول لعدم رجوعه الى ذلك بل الى التوكيل بهذا النحو الذى مقتضى الاصل عدمه فهو كما لو قال وكلتك فى بيع فرسى والمفروض انه باع حماره بدعوى انه وكله فى بيع حماره فان من المعلوم انه يقدم قول الموكل لان الاصل عدم التوكيل

في بيع الحمار ولا يعارضه اصل عدم توكيله في بيع الفرس لانه لا اثر لهذا الاصل حتى يكون معارضا لذلك الاصل (مسئلة ٥) في صورة الاختلاف فيما عينه الموكل من الثمن اذا لم تكن بينة وحلف الموكل على نفي ما يدعيه الوكيل اما ان يكون المشتري منكراً للوكالة ومدعياً ان المبيع للوكيل واما ان يكون معترفا بكونه وكيلاً من غير ان يصدقه فيما ادعاه او مع تصديقه في ذلك ايضاً فعلى الاول ليس للموكل الرجوع على المشتري ولا بالعين ولا بقيمتها بل يرجع على الوكيل لحيلولته بينه وبين ماله نعم لو ادعى الموكل علم المشتري بالوكالة له عليه يمين نفي العلم فان حلف فهو وان رد اليمين عليه فحلف له الرجوع عليه وعلى الثاني يرجع على المشتري بالعين اذا كانت موجودة وبقيمتها اذا كانت تالفة وكذا يرجع عليه بمنافعها المستوفاة وغيرها ويرجع هو على الوكيل بما غرم لانه مغرور من قبله وللموكل ان يرجع على الوكيل في صورة تلف العين ولا يرجع هو على المشتري وعلى الثالث له الرجوع في صورة التلف على كل من الوكيل والمشتري وليس على المرجوع عليه الرجوع على الآخر لاعترافه بكون الموكل ظالماً له نعم للمرجوع عليه اخذ الثمن الذي باعتقاده للموكل مقاصة عما اغترمه اذا كان مساوياً له او اقل ومع كونه ازيد يجب ايصال الزائد اليه ولو بالدس في امواله (مسئلة ٦) اطلاق التوكيل في البيع والشراء لا يقتضي الاذن في تسليم المبيع او الثمن بمجرده فلا يجوز للوكيل تسليمهما الا مع الاذن والافهام العرفي او القرائن الخارجية كما اذا اعطى المال بيده وقال بعه او اشتر به او كان في بلد آخر فوكل من يبيعه او يشتري به ونحو ذلك فما عن المشهور من اقتضائه ذلك لان الوكيل هو المالك فيجب عليه تسليم ما ملكه لا وجه له وعلى منع وفي صورة الجواز لا يجوز الا بعد قبض الثمن في البيع وقبض المبيع في الشراء فلو سلم قبل القبض واتفق عدم امكان الاستيفاء بعد ذلك ضمن لانه هو السبب في التلف والضرر وهل يضمن قيمة ما سلمه من المبيع او الثمن او قيمة ما لم يقبضه من الثمن او المبيع وجوه ثالثها الوجه الثاني اذا كان وكيلاً في التقابض لصدق التفريط فيما لم يقبضه والوجه الاول اذا لم يكن وكيلاً فيه والاقوى هو الوجه الثاني لان الذي للموكل هو الثمن في البيع والمبيع في الشراء وصار الوكيل سبباً في تلفهما عليه حيث لم يقبضهما بعد اقباض عوضهما فيكون ضامناً (مسئلة ٧) اذا وكله في المرافعة لاثبات حق

ليس له قبضه بعد اثباته الامع القرينة على اذنه في ذلك ايضاً واذا وكله في حق قبض فانكر من عليه ليس له المحاكمة معه كذلك ﴿ مسئلة ٨ ﴾ اذا اشترى الوكيل معيباً بعيب جلي فلا اشكال في ان له الرد لان المفروض بطلان المعاملة حينئذ واما لو كان العيب خفياً حيث قلنا بصحة المعاملة حينئذ مع الخيار فهل له الرد ام لا قولان والاقوى التفصيل فانه اما ان يكون وكيلاً في مجرد اجراء الصيغة وحينئذ ليس له الرد واما ان يكون وكيلاً في التصرف من غير ان يكون مستقلاً بل في ايجاد الشراء مثلاً والظاهر عدم جواز الرد له ح الامع القرينة الخارجية لان القدر المعلوم من الوكالة هو الشراء لا سائر ما يترتب عليه ولعل هذا محل كلام الفقهاء حيث قالوا اطلاق الوكالة يقتضي جواز الرد بالعيب او لا يقتضيه واما ان يكون وكيلاً مستقلاً في التصرف بان يكون الموكل وكله وكالة مطلقة نظير عامل القراض وفي هذه الصورة له العمل بما تقتضيه المصلحة من الرد او اخذ الارش او الامضاء بلا ارش ففرق بين اطلاق الوكالة في الشراء او البيع وبين الوكالة المطلقة بمعنى جعل الامر بيده مطلقاً وكذا الحال في سائر الخيارات كخيار المجلس والحيوان والغبن والاشتراط وغيرها فان في جميعها يثبت له الخيار في هذه الصورة وله العمل بمقتضاه من الامضاء والفسخ حسبما تقتضيه المصلحة كان للمالك ايضاً ذلك بشرط كونه في المجلس في خيار المجلس واذا فسخ الوكيل او امضى نفذ ولم يبق للمالك خيار بعد ذلك كما انه اذا سبق المالك بالامضاء او الفسخ لا يبقى للوكيل بعده خيار فايهما سبق كان الحكم له (مسئلة ٩) اذا وكله في شراء شيء معين فبان بعد الشراء انه معيب ليس للوكيل رده نعم للموكل خيار العيب لو كان جاهلاً به (مسئلة ١٠) لا يجوز التعدي عما عينه الموكل وان كان الى الاعلى والانفع فلو قال بعه نسيئة لم يجز بيعه نقداً وان كان بثلاث القيمة او ازيد ولو قال بعه بدينار لا يجوز بيعه بدينارين ولو قال اشتر من زيد لا يجوز ان يشتري من غيره وان كان ما عنده اعلى او ارخص ولو قال اشتره معيباً لا يجوز ان يشتري به صحيحاً ولو بثلاث القيمة وذلك لاحتمال ان يكون له غرض عقلائي في ذلك المعين فلو تعدى كان فضولياً موقوفاً على الاجازة نعم لو علم من القرائن المنضمة او بحكم العرف والعادة عدم الغرض في خصوص ذلك المعين جاز التعدي واما اذا لم يفهم من كلامه ذلك ولا من القرائن المنضمة ولكن علم رضاه الباطني بالتعدي

فليس له ذلك اذ الرضا الباطني من دون مظهر من قول او فعل لا يخرجه عن الفضولية ثم الظاهر انه يكفي في عدم جواز التعدي احتمال غرض عقلائي كما ذكر او يظهر من بعضهم انه يجوز التعدي اذا لم يعلم ان له غرض في التعيين ولا وجه له مع فرض التصريح بذلك المعين (مسئلة ١١) لو قال لا تبع الا زيداً او لا تشتر الا من السوق الفلاني وعلم من الخارج من غير ان يكون هناك قرائن ان غرضه من ذلك عدم الشبهة في امواله بخلاف غيرهم وعلم الوكيل ان عمرواً مثل زيد او السوق الاخر ايضاً مثل ذلك المعين لا يجوز له التعدي وان علم رضا الموكل لو علم بذلك لما عرفت من عدم كفاية الرضا الباطني في الخروج عن الفضولية واما لو قال لا تبع او لا تشتر من الذي ماله حلال بلا شبهة ثم نهى عن البيع من غير زيد او الشرا من غير ذلك السوق المعين فالظاهر جواز التعدي اذا علم الوكيل حلية مال عمرو او السوق الاخر وذلك لكفاية ذكره عنوان من ماله حلال فالتعدي حينئذ مستفاد من كلامه ويكون خارجا عن الفضولي ﴿ مسئلة ١٢ ﴾ اذا وكله في بيع فاسد كبيع المجهول ثمنه او مثمنه او مع الاجل المجهول لم يجز له ذلك اذ المفروض بطلانه وليس له البيع على الوجه الصحيح لعدم الاذن فيه (مسئلة ١٣) مع اطلاق الوكالة في البيع يجوز للوكيل بيعه على ولده الكبير بل الصغير وعلى زوجته بل يجوز بيعه من نفسه ولو كان الاولى تركه لانه معرض للتهمة ﴿ مسئلة ١٤ ﴾ قالوا لو قال وكلتك في قبض حقي من فلان فمات لم يكن له مطالبة الوارث اما لو قال وكلتك في قبض حقي الذي على فلان كان له ذلك وهو كذلك بمقتضى الجمود على ظاهر العبارتين ولكن المدار على الفهم العرفي

﴿ الفصل الثاني في بيان ما تصح فيه الوكالة والنيابة وما لا تصح فيه ﴾

وقد ذكروا في الضابط ان كلما تعلق القصد بايقاعه مباشرة لا تصح فيه النيابة وكلما كان المقصود منه حصول غرض لا يختص بالمباشرة تصح فيه واذا شك في ذلك فقد يقال ما حاصله ان الاصل صحة النيابة ولذا استقر بناء الفقهاء على طلب الدليل على عدم الصحة واعتبار المباشرة في موارد الشك وذلك لان الاصل عدم اشتراط المباشرة وان كان الفعل مطلوبا من ذلك الشخص اذ كونه موردا اعم من اشتراط المباشرة وللاخبار الدالة على عدم انعزال الوكيل الا باعلامه بالعزل فان مقتضى عمومها صحة الوكالة في كل امر حيث

قال ع من وكل رجلاً على امر من الامور فالوكالة ثابتة ابداً حتى يعلمه بالخروج عنها كما اعلمه بالدخول فيها وفيه ان اصالة عدم اشتراط المباشرة لاتنفع الا بعد وجود عموم يدل على الصحة وليس ولايمكن اثباتها بالاصل وحينئذ فلابد من الرجوع الى اصالة عدم ترتب الاثر على فعل الغير واما الاخبار فهي مسوقة لبيان مطلب اخر وهو عدم الانعزال الا بالاعلام فليس فيها عموم ينفع عند الشك لم يمكن التمسك بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ونحوه بدعوى شموله للوكالة بناء على ان المراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها ان لازما فلازما وان جايزاً فجائزاً ويمكن التمسك بالعمومات الخاصة في كل مورد بدعوى ان العقد الصادر من الوكيل حيث انه باذن الموكل كانه عقد صادر منه فيشمله عموم مادل على صحته ووجوب الوفاء به ويمكن ان يقال كل امر لا يشترط فيه المباشرة عند العقلاء في امورهم من المعاملات واوامر الموالي وغيرها تصح فيه الوكالة الا ما اخرجه الشارع واشترط فيه المباشرة خصوصاً في المعاملات فاعندهم عضى الاما منعه الشارع ولنذكر جملة من موارد عدم الصحة وموارد الصحة في طي مسائل ﴿ مسئلة ١ ﴾ لاتجوز النيابة في الطهارة من الحدث مائية كانت او ترابية نعم مع العجز تجوز في غسل الاعضاء او مسحها بالتراب مع مباشرته النية بنفسه وقد يقال ان هذه ليست من باب الوكالة ولذا يجوز ممن لايصح توكيله كالصغير والمجنون ولكن يمكن ان يقال هذا لايخرجه عن الوكالة اذا كان من البالغ الرشيد فغاية الامر انه يصح بكلا الوجهين من الوكالة اذا كان من البالغ الرشيد ومن غيرها اذا كان من غيره واما الطهارة من الخبث فلا بأس بالاستنابة فيها (مسئلة ٢) لاتجوز النيابة في الصلوة الواجبة ولو بمثل النذر والعهد ولا في الصوم الواجب كذلك عن الحي الا في ركعتي الطواف الواجب مع العجز عن المباشرة بل ظاهر جماعة عدم جوازها في النوافل والصيام المندوبة ايضاً الا في ركعتي الطواف المندوب مع العجز والا في صلوة الزيارة عن الغير بناء على كونها نيابة عن المنوب عنه في الزيارة واما اذا قلنا انها من وظيفة المباشر للزيارة ولو كانت عن الغير فلاتكون من باب النيابة ولاحاجة الا استثنائها ولكن ان لم يكن اجماع امكن دعوى جواز النيابة في الصلوة والصوم المندوبين مع العجز عن المباشرة بل مع القدرة ايضاً ولاينافيه عدم كونها مسقطة للتكليف عن المنوب عنه اذلامانع من تكليفه بالصلوة او الصوم مباشرة او تسبيباً

فى زمان واحد ويوم واحد واما اتيان الصلوة والصوم ندباً واهداء الثواب الى الغير فليس من باب النيابة ولا اشكال فيه ولو كان ذلك اقرحياً (مسئلة ٣) فى الصلوة الواجبة بالاستيجار وكذا الصوم الواجب به لا يجوز الاستنابة الا باذن المستأجر لان الظاهر من المستأجرين اعتبار المباشرة (مسئلة ٤) الاعتكاف كالصوم فى انه لا يجوز الاستنابة فى الواجب منه وفى المندوب منه مقتضى ما قدمناه الجواز الا ان يكون اجماع على المنع (مسئلة ٥) لا يجوز النيابة فى الحج الواجب عن الحى الا مع العجز واما المستحب فلا مانع فيه منها (مسئلة ٦) لا يجوز التوكيل فى الغصب والسرقة والقتل فلو غصب او سرق أو قتل بوكالة الغير كان الضمان عليه دون ذلك الغير الا اذا اخذ العين أو المغصوبة المسروقة فيضمن هو ايضاً من جهة اثبات اليد (مسئلة ٧) يظهر من جماعة عدم جريان الوكالة فى الظهار واللعان والايلاء والنذر والعهد والحلف والاظهر جوازها اذا كان عاجزاً عن اجراء الصيغه بل وان كان قادراً ان لم يكن اجماع على المنع (مسئلة ٨) الظاهر عدم جواز النيابة فى الشهادة لانصراف ادلة قبول الشهادة نعم يجوز الشهادة على الشهادة لكنها ليست من النيابة (مسئلة ٩) فى جواز استنابة المجتهد غيره فى تصدى المرافعة اشكال لان النائب ان كان مجتهداً كان مساوياً للمنوب عنه فى جواز التصدى والا فيشكل تصديه لاحتمال اعتبار الاجتهاد فى المتصدى (مسئلة ١٠) يجوز النيابة فى جميع العقود اللازمه والجائزة من البيع والصلح والاجارة والوقف والرهن والقرض والضمان والحوالة والكفالة والاقالة والنكاح والوكالة والوديعة والعارية والمضاربة والشركة وغيرها وكذا فى جميع الايقاعات من الطلاق والعتق والتدبير والكتابة وكذا فى مثل الفسخ والرد والاجازة وقبض العوض والمعوض واستيفاء الحقوق واثباتها واستيفاء الحدود لادمى أو لله واثبات حدود الادميين بل حدود لله وا قول المنع فى الاخير ضعيف (مسئلة ١١) الاقوى جواز التوكيل فى الالتقاط والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد واحياء الموات وكذا الاقوى جوازها فى الجهاد والدفاع وكذا فى الاقرار (مسئلة ١٢) يجوز للفقير ان يوكل غيره فى قبض الوجوه المنطبقة عليه عنه وايصالها اليه وما عن ابن ادريس من منع التوكيل فى قبض الخمس والزكوة لا وجه له (مسئلة ١٣) يجوز

لمن عليه خمس أو زكوة أو غيرهما من الوجوه توكيل الغير في ايصالها الى محالها

﴿ الفصل الثالث في الموكل ﴾

ويشترط فيه البلوغ والعقل والاختيار والحرية وعدم الحجر عليه لسفه أو فلس فلا يصح توكيل الصبي وان بلغ عشراً أو اذن له الولي نعم في البالغ عشراً يصح فيما له ان يتصرف كالوصية للارحام بل في مطلق المعروف على الاقوى وكالعتق والصدقة والطلاق فانه على القول بجوازها منه كما في رواية يجوز له التوكيل فيها ايضاً وكذا لا يصح من المجنون ولو ادوارياً في دور جنونه بل لو عرضه الجنون بعد التوكيل بطل على المشهور لكنه مشكل كما عرفت وكذا لا يصح من المكره الا اذا اجاز بعد ذلك ولا يصح من المملوك الا باذن مولاه قناً كان أو مدبراً أو ام ولد نعم العبد المأذون في التجارة يجوز له التوكيل فيما يتعلق بها الا ان يمنعه المولى واما المكاتب فيصح توكيله فيما يتعلق بالاكتساب كالبيع والشراء ونحوهما دون ما لا يتعلق به وكذا لا يصح توكيل السفيه فيما يتعلق بمال نفسه ويجوز في مال غيره باذنه كما يجوز في غير المال مثل الطلاق ونحوه وكذا المفلس فانه لا يجوز توكيله في مال المحجور عليه وظاهرهم بطلان توكيل السفيه والمفلس بحيث لا ينفع لما بعد زوال الحجر ايضاً لكن الاقوى كفايته لما بعد الزوال فلا حاجة الى تجديده وكذا يجوز توكيلهما حال الحجر للتصرف بعد زوال الحجر نظير التوكيل حال الحيض أو في طهر المواقعة للطلاق بعد الطهر الذي لا مواقعة فيه (مسئلة ١) يجوز للعبد ان يوكل في طلاق زوجته من دون اذن المولى لان امر الطلاق بيده فكما يجوز له مباشرة يجوز بالتوكيل (مسئلة ٢) يجوز توكيل السفيه باذن المولى على الاقوى من جواز تصرفه في ماله باذنه (مسئلة ٣) ذكر جماعة انه يشترط في الموكل ان يكون حال التوكيل مالكاً للتصرف في العمل الموكل فيه فلا يصح التوكيل في طلاق امرأة سينكحها أو تزويج امرأة اذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها أو عتق عبد سيشتريه أو اداء دين يستدينه ونحو ذلك بل ربما يدعى الاتفاق على هذا الشرط ولكن لا دليل عليه اصلاً مع انهم يجوزون التوكيل في شراء عبد وعتقه وبيع شيء وقبض ثمنه أو فسخه بالخيار ونحو ذلك ودعويهم الفرق بالاستقلال والتبعية وانه يجوز في التابع ما لا يجوز مستقلاً كما في الوقف على المعدوم فانه لا يجوز مستقلاً ويجوز تبعاً للموجودين كالوقف

على البطون لا وجه لها ومجرد وجود النظير لا ينفع في الصحة والبطلان وايضاً يجوزون التوكيل حال الحيض في الطلاق بعد الطهر وايضاً يجوزون التوكيل في تطليق المرأة نفسها مع ان الزوج لا يملك الرجوع قبل الطلاق وايضاً لا اشكال في جواز توكيل الجنب والحائض لكنس المسجد وايضاً لا فرق بين الوكالة والمضاربة وفيها لا يملك المالك التصرف في الاملاك المتجددة بالبيع والشراء وايضاً لا اشكال في جواز توكيل شخص في جميع اموره مع انه لا يملك حين التوكيل الاملاك المتجددة فالاقوى عدم هذا الاشتراط وصحة جميع المذكورات (مسئلة ٤) لا يجوز للمحرم ان يوكل في عقد النكاح او شراء الصيد له حال احرامه لان ذلك محرم عليه فلا يجوز له مباشرة ولا تسبيباً واما توكيله حال لا احرام للعقد او الشراء بعد الاحلال فلا بأس به كما انه اذا وكله حال احلاله ثم احرم لا تبطل وكالته فيجوز له العقد بعد الاحلال من غير تجديد للتوكيل وهل يجوز للمحرم ان يوكل في العقد لغيره حال احرامه مع كون ذلك الغير محلاً كما في ولي الصغير او لا وجهان (مسئلة ٥) يجوز للزوج التوكيل في طلاق زوجته حاضراً كان او غائباً والقول بعدم جوازه اذا كان حاضراً كما عن جماعة ضعيف كالتمسك له بقوله ع الطلاق بيد من اخذ بالساق واضعف منه ما قيل من عدم جوازه حتى في الغايب لاطلاق خبر زرارة لا يجوز الوكالة في الطلاق المنافي للاجماع والنصوص (مسئلة ٦) يجوز توكيل الكافر للمسلم في البيع او الشراء له وليس كونه وكيلاً للكافر سبيلاً منه عليه (مسئلة ٧) يجوز ان يوكل غيره في اداء دينه من ماله تبرعا او مع الرجوع عليه بعوض ما اداه ولا يصير المدفوع ملكا للموكل قبل دفعه بل ينتقل الى الدائن وهو ملك للوكيل ويظهر الثمرة فيما لو كان مديونا للذمي فوكل ذمياً آخر في اداء دينه فاداه بما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير فانه يصح على ما ذكرنا بخلاف ما لو صار ملكا للموكل قبل الدفع وكذا يجوز ان يوكله غيره في اداء ما عليه من الخمس او الزكوة تبرعا او بعوض اذ لا يلزم ان يكون اداء الخمس والزكوة من مال من عليه بل كذا يجوز ان يوكله في شراء شئ له من ماله بناء على المختار من جواز الشراء لنفسه بمال غيره مع اذنه وعدم منافاته لحقيقة البيع والشراء ودعوى عدم صحته للزوم دخول المعوض في ملك من خرج عن ملكه العوض ممنوعة فان حقيقة البيع ليست الا المبادلة بين المالين واما دخول المعوض في ملك

من خرج عن ملكه العوض فمقتضى اطلاقه لا حقيقته وعلى ماذكرنا فلا يلزم فى التوكيل المزبور وقصد كون العوض قرضاً قبل الشراء او الشراء فى ذمة الموكل ثم الدفع من مال نفسه وفاء عما فى ذمة الموكل وعلى فرض منافاته لحقيقة البيع يمكن الحكم بالصحة ايضاً بدعوى ان نفس جعله ثمناً يكون قرضاً قهراً ولا يلزم قصده قبله ﴿ مسئلة ٨ ﴾ لو كان لرجل دين على اخر فوكله فى ان يشترى شيئاً بذلك الدين فاشترى له فاما ان يكون الشراء بنفس ذلك الدين بان جعل الثمن هو الدين الذى فى ذمته واما بان عين مقداراً مساوياً لما فى ذمته واشترى بذلك المقدار واما بان اشترى فى ذمة الموكل ثم عين مقدار الاداء ما فى ذمة الموكل من الثمن والمفروض ان الموكل لم يعين واحداً من هذه الصور بل اطلق التوكيل فعلى الاول البيع صحيح وتبرء ذمته من طرف الموكل ويكون مديوناً للبايع وكذا على الثانى فانه يصح البيع وتبرء ذمته من طرف الموكل ويجب عليه تسليم ما جعله ثمناً الى البايع وعلى الثالث البيع صحيح لكن لا تبرء ذمته من طرف الموكل الا بعد تسليم الثمن الى البايع لان الدين لا يتعين الا بقبض الداين او من يكون بمنزلته وقبضه فى المقام انما يكون بقبض البايع فقبله لا تبرء ذمة المديون لكنه لا يضر بصحة البيع ولعل هذه الصورة مراد المحقق حيث قال فى الشرايع ولو كان لانسان على غيره دين فوكله ان يبتاع له به متاعاً جاز ولا تبرء الا بالتسليم الى البايع ولو انفسخ البيع المزبور بخيار او اقالة ففى الصورة الاولى ترجع ذمة الوكيل مشغولة للموكل والظاهر ان فى الاخيرتين يرجع ما عينه الى الموكل

﴿ الفصل الرابع فى الوكيل ﴾

ويشترط فيه البلوغ والعقل والاختيار وكون الموكل فيه مما يقبل النيابة وعدم كونه محرماً عليه فلا تصح وكالة الصبى وان كان مميزاً ولا المجنون نعم الاقوى صحة نيابة الصبى المميز فى مجرد اجراء صيغة البيع ونحوه ودعوى كونه مسلوب العبارة حتى فى مثل ذلك محل منع ولذا لا ينبغى الاشكال فى صحة قرائته القرآن والزيارة نعم يعتبر كونه عارفاً بكيفيتها والعلم باتيانه لها على الوجه الصحيح وايضاً الاقوى عدم بطلان الوكالة بعروض الجنون فيصح تصرفه بعد الافاقة من غير حاجة الى التجديد كما اشرنا اليه سابقاً وكذا لا تصح وكالة المكره ولا الوكالة فيما لا يقبل النيابة كالصلوة والصوم

ولا الوكالة فيا يحرم على الوكيل كوكالة الجنب والحايض فى كنس المسجد ووكالة المسلم عن الكافر فى بيع الخمر اوشرائه ووكالة المحرم فى عقد النكاح اوشراء الصيد اوامساكه ولو من المحل (مسئلة ۱) لايشترط فى الوكيل العدالة ولا الاسلام فيجوز توكيل الفاسق الافيا يشترط فيه العدالة كتولى الوقف اذا اعتبر عدالته او اشترطه الواقف فانه لايجوز له ان يوكل فاسقاً وكذا يجوز توكيل الكافر حتى فى تزويج المسلم والقول بعدم جوازه لانه سبيل عليل بل يجوز توكيل المرتد بقسميه لعدم كونه مسلوب العبارة ولاينافيه وجوب قتل الفطرى (مسئلة ۲) لاتبطل الوكالة بعروض الارتداد الا ان تكون مشروطة بالاسلام كما انها اذا كانت مشروطة بالعدالة تبطل بالفسق وان كانت مشروطة بالامانة تبطل بالخيانة وترجيع بالعود الى العدالة والامانة (مسئلة ۳) لابأس بتوكل المرأة فى البيع والشراء ونحوهما بل وفى النكاح واجراء صيغته والقول بالمنع ضعيف وكذا يجوز توكيلها فى طلاق غيرها عن زوجها اوغيره بل الاقوى جواز توكيلهما فى طلاق نفسها مباشرة فتقول الطالق وكالة عن زوجى اوتقول زوجة موكلى فلانة طالق وكذا يجوز توكيلها فى الرجوع عن طلاقها (مسئلة ٤) لايجوز توكيل المملوك الاباذن مولاه نعم لابأس بتوكيله فى مثل اجراء الصيغة مما لاينافى حق المولى ولايشمله مادل على عدم قدرته على شئ بل قد يقال بجواز توكيله فى جميع مالاينافى حق المولى وقد يقال بصحة العقد الصادر منه وان قلنا بمنعه بل وان نهى المولى عنه غاية الامر عصيانه ﴿ مسئلة ٥ ﴾ يجوز للمولى توكيل عبده فى عتق نفسه اوبيع نفسه وكذا يجوز توكيل الغير له فى شراء نفسه من مولاه (مسئلة ٦) لو نذر ان لايتصدى للوكالة اولايجرى صيغة البيع مثلا فوكله غيره فاجرى الصيغة فعل حراما لكن فى بطلان الصيغة اشكال بل منع فهذه الحرمة العرضية يمكن ان يقال انها لاتضر بصحة لوكالة وعلى فرض بطلان الوكالة يمكن الحكم بصحة عقده مع فرض بقاء الاذن من الموكل بعد بطلان الوكالة (مسئلة ۷) المشهور على انه لايجوز وكالة الكافر عن مسلم اوكافر على المسلم باستيفاء حق له عليه بل ربما يدعى عليه الاجماع ولا دليل لهم على ذلك الادعوى دلالة اية نفى السبيل عليه وفيه منع كون هذا سبيلاً على المسلم كيف والالزم عدم جواز مطالبة الموكل بنفسه ايضاً اذا كان كافراً مع انه لا اشكال فى جوازه

اذلايجب عليه ان يوكل مسلماً في ذلك مع انه ورد في بعض الاخبار ان المراد من الاية نفي سبيل الحجة وحينئذ فان تم الاجماع فهو والا فالاقوى الجواز ثم بناء على مافكروه القدر المتيقن من الاجماع والاية ما اذا كانت الوكالة مستلزمة لنوع تسلط وقهر للكافر على المسلم كما اذا كان هناك دعوى على مسلم واريد اثباتها بالمرافعة بتوكيل كافر لامجرد استيفاء حق منه وايضاً القدر المتيقن المعلوم الحرمة التكليفية لابطلان الوكالة ثم القائلون بالحرمة اختلفوا في وكالة المسلم عن الكافر فمن جماعة حرمتها ايضاً وعن عامة المتأخرين كراهتها والاقوى الجواز لعدم الدليل على شئ من القولين نعم لابأس بالحكم بالكراهة تسامحاً واما بقية الصور الثمانية المتصورة في المقام حيث ان كلا من الموكل والوكيل والموكل عليه اما كافر او مسلم فلا اشكال فيها (مسئلة ٨) لو وكل عبده ثم اعتقه او وكل زوجته ثم طلقها فالظاهر بقاء الوكالة الا مع القرينة على تقييدها بما دام عبداً وما دامت زوجة بل وكذا لو اذن لزوجته او عبده في التصرف ثم اعتقه او طلقها فان الاذن لايبطل بذلك الا مع التقييد المذكور المستفاد من القرائن ولا وجه لما ذكره بعضهم من الفرق بين الوكالة فلا تبطل والاذن فيبطل ﴿ مسئلة ٩ ﴾ اذا وكل عبده في امر ثم باعه فان كانت الوكالة فيما لايحتاج الى اذن المولى ولم يكن منافيا لحقه مثل اجراء عقد ونحوه فلا تبطل بالبيع بل هي باقية وان كانت فيما يتوقف جوازه على اذنه فبقاؤها متوقف على اذن المشتري وامضائه فان امضى بقيت والا فلا اذ كما ان الوكالة في ابتدائها موقوفة على اذن المالك فكذا في استدامتها والمالك فيها هو المشتري فلابد من اذنه ولا وجه لاشكال صاحب الجواهر في بقائها بالاذن بما حاصله ان العقد اذا كان فضولياً من الاول كالعقد على عبد الغير يمكن تصحيحه بالاجازة واما اذا كان صحيحاً من الاول فلا يتصور انقلابه فضولياً والوكالة في المقام كانت صحيحة من الاول حيث كانت بتوكيل المالك الذي هو البايع فلا تنقلب فضولياً بعد البيع وليس المقام كاجازة الطبقة اللاحقة في الوقف للاجازة الصادرة من الطبقة السابقة فانها بالنسبة الى اللاحقة فضولية من الاول حيث ان اللاحقة تتلقى من الواقف بخلاف المقام وذلك لمنع عدم تصور الانقلاب اولا ومنع كونه انقلابا ثانياً بل هو فضولي بالنسبة الى المشتري كما ان في مسئلة الوقف الاقوى ماذكرنا من بقاء الصحة في الاجازة من المشتري كما

لاقوى فيها اذا مات الموكل جواز اجازة ورثته للوكالة الصادرة منه وللمقام نظائر مثل ماذا اعتقت المملوكة المزوجة فان لها الخيار في ابقاء النكاح وفسخه وكبيع المالك الامة المزوجة فان المشتري بالخيار بين فسخ نكاحها وابقائه ﴿ مسئلة ١٠ ﴾ يجوز تعدد الوكيل بشرط الاجتماع وعلى وجه استقلال كل منهما فعلى الاول لا يجوز انفراد احدهما بالتصرف بدون استصواب الاخر بخلافه على الثاني وكذا يجوز اشتراط الاجتماع على احدهما دون الاخر فلا ينفذ تصرف الاول مستقلاً بخلاف الاخر ولو اطلق الوكالة لهما بان قال وكلتكما في كذا فالظاهر ارادة الاجتماع ومع عدم الظهور ايضاً يجب الاجتماع لانه القدر المتيقن نعم لو وكل احدهما ثم وكل الاخر فالظاهر الاستقلال ولا يكون توكيل الثاني عزلا للاول الامع القرينة ولو شك في الاستقلال والاجتماع فالقدر المتيقن هو الثاني (مسئلة ١١) لو وكل وكيلين على شرط الاجتماع فمات احدهما بطلت بالنسبة الى الاخر ايضاً وكذا لو عزل احدهما الامع القرينة على ارادة ابقاء الاخر وفي صورة الموت ليس للحاكم ضم اخر مقامه لعدم الولاية على الموكل وهو حي الا اذا كان غايباً وتوقف حفظ ماله على ذلك فيجوز من باب الولاية على الغائب § (مسئلة ١٢) لو وكلهما على بيع داره مثلا على وجه الاجتماع في اجراء الصيغة لهما ان يوكلا ثالثاً او يوكل احدهما الاخر ويظهر من المسالك جواز ايقاعها من كل منهما مستقلاً وهو كذلك اذا اوقعاها دفعة واحدة واما اذا اوقعاها متدرجا فيشكل الصحة لاستلزام توقف تاثير العقد الجامع للشرائط على مجيء عقد اخر وان يكون العقدان المستقلان عقداً واحداً مركباً من عقدين (مسئلة ١٣) لو وكلهما على وجه الاستقلال في بيع داره فباعها احدهما من زيد والاخر من عمرو صح بيع الاول وبطل بيع الثاني ولو كانا دفعة بطلا معاً نعم لو كان المشتري واحداً مع وحدة الثمن ووحدة الكيفية وكانا دفعة بان باع احدهما على زيد والاخر على وكيله صح العقدان ولو كان خيارياً كما في بيع الحيوان يكون لكل منهما الفسخ والامضاء بمعنى اسقاط الخيار ولو سبق احدهما لم يبق للاخر لان الحق واحد مشترك بين اثنين على وجه الاستقلال وكذا الحال اذا تصرف الوكيل والموكل في ان واحد ولا وجه لاحتمال تقديم تصرف الموكل لكونه هو الاصل بعد عدم انعزال الوكيل الا بالعزل مع الاعلام وكونه في عرض الموكل

(مسئلة ١٤) اذا وكل وكيلين على وجه الاستقلال فى اخراج ما عليه من خمس او زكوة فاخرجه كل منهما بدفعه الى فقير برئت ذمته بما دفعه الاول وله استرداد ما دفعه الثانى ان كان موجوداً عند الفقير واذا كان تالفا فلا ضمان عليه كما لا ضمان على الوكيل ايضاً وان اخرجاه دفعة تخير بين الرجوع على كل من الفقيرين مع وجوده ومع تلفه لا ضمان وهذا بخلاف ما لو كان عليه دين لشخص فوكل وكيلين فى ادائه فاداه كل منهما فان له ان يرجع بالزايد ولو مع التلف لان دفعه لم يكن مجاناً بل بازاء طلبه فهو كما لو اعطاه ازيد من طلبه من جهة الغلط فى الحساب بخلاف الخمس والزكوة فانهما بلا عوض بل مجان فمع التلف ليس له الرجوع (مسئلة ١٥) لا يشترط فى البيع والشراء ذكر اسم الموكل بل يكفى قصده اذا كانت المعاملة فى ذمته واما اذا كانت بعين ماله فلا يعتبر قصده ايضاً فتقع له ولو لم يقصده ايضاً بل لو قصد نفسه او غيره صار قصده لغواً ووقعت للموكل نعم لو قصد تملك تلك العين غصباً ثم اشترى بها او باعها لنفسه يمكن ان يقال بعدم صحته الا باجازة الموكل لانه يخرج حينئذ عن الوكالة فيكون كبيع الغاصب الذى ليس بوكيل فى توقفه على الاجازة (مسئلة ١٦) لو لم يعلم البايع ان المشترى وكيل عن الغير وتخيل انه يشترى لنفسه لم يضر بصحة المعاملة الا اذا كان على وجه التقييد مع كون الثمن فى الذمة ولو اختلفا فى انه لو كان وكيلاً او اصيلاً قدم قول البايع وللوكيل عليه يمين نفى العلم اذا ادعى عليه العلم ويلزم بدفع الثمن اذا كان فى الذمة عملا بظاهر الحال (مسئلة ١٧) فى الوكالة فى التزويج لا بد من ذكر الموكل وتعيينه لان الزوجين فى النكاح بمنزلة العوضين فى البيع (مسئلة ١٨) ليس للوكيل ان يوكل عن الموكل الا لاذن منه صريحاً كما اذا قال انت وكيلى فى بيع دارى ولو بتوكيل غيرك عنى فى بيعها او ظاهراً كان يقول فوضت اليك امر دارى فى بيعها باى وجه شئت او قال انت وكيلى اصنع ما شئت ونحو ذلك او بالاستفادة من القرائن الخارجية وفى مثل هذه الصور يجوز له ذلك وحينئذ يكون ذلك الوكيل فى عرضه فايهما سبق فى التصرف نفذ ولم يبق محل لتصرف الاخر ولا يجوز له حينئذ عزله الا باذن الموكل جديداً الا انه ليس وكيلاً عنه بل عن الموكل فلا بد فى عزله من اذنه جديداً او باستفادة الاذن فى عزله ايضاً من الاول وكذا ليس للوكيل ان يوكل عن نفسه الا بالاذن من الموكل صريحاً او ظاهراً او بالقرائن كما اذا كان

الوكيل مترفعاً لم يكن من شأنه التصدي لما وكل فيه مباشرة او كان كذلك ذلك الامر مما يعجز عن مباشرته بنفسه مع علم الموكل بشرفه او عجزه فحينئذ يجوز له التوكيل عن نفسه ولا وقع لاشكال صاحب الجواهر في جواز توكيله عن نفسه ولو مع الاذن من الموكل بانه يعتبر في الموكل ان يكون مالكاً للتصرف بملك او ولاية والوكيل لا يكون مالكاً ولا يثبت له بالوكالة ولاية كما تثبت بالوصاية ولذا يجوز للوصي التوكيل والاذن لا يجدي في ثبوت حق له حتى يصح توكيله عن نفسه وذلك ان مجرد الاذن من الموكل كاف ولا حاجة في ذلك الى ثبوت حق او ولاية فلا اشكال في جواز التوكيل عن نفسه ايضاً في صورة الاذن من الموكل وحينئذ ينعزل بعزله بشرط بلوغ الخبر لانه وكيله الا مع القرينة على عدم الاختيار في عزله وان الاذن انما هو في نصبه فقط وعلى اي حال يكون حاله مع الوكيل حال الوكيل مع الموكل في نفوذ التصرف من السابق منهما فيه (مسئلة ٩) يستحب ان يكون الوكيل تام البصيرة ومن اهل خبرة العمل الموكل فيه (مسئلة ١٠) يكره لارباب الشرف والمناصب الجليلة مباشرة الخصومات والمرافعات لما روي عن علي عـ ان للخصومة قحماً وان الشيطان ليحضرها واني لاكره ان احضرها بل يستفاد منه عموم الكراهة واما مخاصمة النبي صـ مع صاحب الناقة الى رجل من قريش ومخاصمة علي عـ في درع طلحة الى شريح ومخاصمة علي ابن الحسين عـ مع زوجته الشيبانية لما طلقها وادعت عليه المهر الى قاضي المدينة فلعلها كانت لخصوصية ارتفعت معها الكراهة

﴿ الفصل الخامس فيما تثبت به الوكالة ﴾

﴿ مسئلة ١ ﴾ تثبت الوكالة بالشاهدين الجامعين للشرائط وبالعلم القطعي الحاصل من الاستفاضة او بغيرها وباقرار الموكل ولا تثبت بشهادة النساء ولا بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين ولا بدعوى الوكيل ولا بالاستفاضة الظنية ولا بموافقة الطرف المقابل للمعاملة وان كان يلزم باقراره نعم اذا كانت الوكالة بجعل يثبت الجعل بالشاهد واليمين وبشاهد وامرأتين لانه دعوى مالية بخلاف اصل الوكالة فانها ليست مالية بل هي ولاية على التصرف ولا تثبت بالشاهد واليمين والشاهد والامرأتين الا الحقوق المالية ودعوى ان الجعل فرع ثبوت الوكالة فلا يثبت اذا لم تثبت ممنوعة بل الدعوى ترجع الى دعويين مالي وغيره كما في السرقة حيث لا يثبت القطع فيها الا بشاهدين ويثبت ضمان

المال المسروق بالشاهد واليمين (مسئلة ٢) اذا كان في يده مال لغيره يدعي انه وكيل عنه في التصرف يجوز الاخذ منه بالشراء ونحوه سواء كان ذلك الغير معيناً او لا وذلك لليد والسيرة القطعية وان كانت لا تثبت الوكالة ولو ادعى المالك عدم التوكيل يسمع منه (مسئلة ٣) اذا علم الحاكم بالوكالة يجوز له الحكم فيها بعلمه كما في غيرها من حقوق الناس وحقوق الله (مسئلة ٤) يشترط في الشاهدين ان لا يكونا مختلفين في الشهادة بحسب زمان التوكيل ومكانه وساير كيفياته فلو شهد احدهما انه وكله يوم الجمعة والاخر انه وكله يوم السبت او قال احدهما انه وكله في المسجد وقال الاخر انه وكله في السوق مثلاً مع فرض عدم صدور العقد الا مرة واحدة لم يكف لان المشهود به لاحدهما غير ما للاخر فلم يتحقق البينة على واحد منهما وكذا الحال اذا قال احدهما انه عبر بالعربي والاخر انه قال عبر بالعجمي او قال احدهما انه قال وكلتك وقال الاخر انه قال فوضت اليك ونحو ذلك فانه غير كاف مع فرض العلم بعدم التعدد نعم لو شهد كل منهما بالوكالة مطلقة من غير ذكر زمان او مكان او شهد احدهما باجراء الصيغة والاخر شهد بالوكالة مطلقة او شهدا باقراره بالتوكيل او شهد احدهما باقراره والاخر باجراء الصيغة او احتمل تعدد اجراء الصيغة تارة بكذا وتارة بكذا الا مانع من سماعه (مسئلة ٥) اذا ادعى الوكالة عن غائب في اخذ حقه ديناً او عيناً من غريمه فهل يجب عليه دفعه اليه ويلزم به اولا اما اذا كان له بينة على الوكالة فلا اشكال في وجوبه عليه والزامه به واما مع عدمها فاما ان يصدقه الغريم في دعوى الوكالة او لا اما على الثاني فلا يجب عليه عيناً كان او ديناً وهل له عليه اليمين اولا وجهان مبنيان على الالزام بالدفع مع التصديق وعدمه فعلى الثاني ليس عليه اليمين بخلافه على الاول للقاعدة المشهورة من ان كل موضع يلزم التسليم مع الاقرار يلزم اليمين مع الانكار وكل موضع لا يلزم التسليم مع الاقرار لا يلزم اليمين مع الانكار واما على الاول فلا اشكال في جواز دفعه اليه عيناً كان او ديناً بل يجب عليه تكليفاً ايضاً لانه مقتضى تصديقه واقراره بانه وكيل لكن هل يلزم بذلك بمعنى ان للحاكم الشرعي ان يلزمه بذلك اولا وجوه بل اقوال احدها انه يلزم به عيناً كان او ديناً لانه مقتضى وجوب العمل بالاقرار الثاني عدمه فيهما اما في العين فلان المفروض انها للغير ويحتمل كذبهما ولم تثبت الوكالة باقراره لانه اقرار في حق الغير

وفي معرض الضرر عليه واما في الدين فلذلك ولان الدفع على انه للمالك لم يثبت وعلى غير هذا الوجه غير واجب وايضاً لا يؤمر بالدفع الا اذا كان مبرء الذمة بحيث لا يطالب به بعد ذلك وهنا ليس كذلك (الثالث) التفصيل بين العين فلا يجب لما ذكر وبين الدين فيجب لانه يدفع من ماله فلا يلزم ضرر على المالك وهذا هو المشهور والاقوى هو الاول كما هو مقتضى الاقرار والتصديق ولا ينافيه احتمال كذبهما ولذا لو كان في يده مال واعترف بانه ليس له وانه لزيد مثلاً يلزم بدفعه اليه وان احتمل كونه كاذبا وانه لغيره وايضاً لو اقر بالحوالة عليه من غريمه لشخص خاص يلزم بالدفع اليه وان لم ينفذ في حق الغريم ويكون على حجته والحاصل انه بعد تصديقه بانه وكيل عن المالك والمفروض مطالبته فيكون كمطالبة المالك (مسئلة ٦) اذا كان قد دفع الغريم جوازاً او وجوباً الحق الذي عليه الى مدعي الوكالة ثم حضر الغائب وانكرها وحلف فان كان حقه عينا وكانت موجودة اخذها وان كانت تالفة ففي صورة عدم التصديق اذا كان قد دفع لظاهر الحال له ان يرجع بعوضها على كل من الدافع والوكيل فان رجع على الوكيل لا يرجع على الدافع وان رجع عليه يرجع هو على الوكيل وفي صورة التصديق ايضاً له ان يرجع على كل منهما وليس لمن رجع عليه الرجوع على الاخر لاعترافه بانه ظالم في الرجوع عليه الا اذا كان التلف بتفريط من الوكيل فانه حينئذ يمكن ان يقال للدافع الرجوع عليه اذا رجع المالك عليه وان كان الحق المدفوع ديناً فله الرجوع على الغريم بدينه وليس له الرجوع على الوكيل لانه يدعي عدم كونه وكيلاً عنه في الاخذ وللغريم حينئذ الرجوع على الوكيل بما دفعه اليه ان كان موجوداً وان كان تالفا فليس له ذلك الا اذا رجع عن تصديقه وادعى انه كان مشتبهاً او كان التلف بتفريط من الوكيل فانه حينئذ له ان يأخذ عوضه مقاصة عما اخذ منه صاحب الحق

﴿ الفصل السادس في جملة اخرى من احكام الوكالة ﴾ (مسئلة ١)

الوكيل امين لا يضمن ما تلف في يده من مال الموكل الا مع التعدي او التفريط من غير فرق بين اصل ماله الذي دفعه اليه وعوضه الحاصل بالبيع او الشراء وما وكله في قبضه من طلبائه (مسئلة ٢) اذا تعدى ثم عاد كما لو لبس الثوب الموكل في بيعه ثم نزعه وتاب او فرط في حفظه ثم عاد الى حفظه فهل يبقى على الضمان الحاصل بالتعدي او التفريط

او لاظاهر المشهور ذلك وقد صرحوا به في الوديعة وانه اذا اخرجها من الحرز ثم اعادها اليه بقي على الضمان فلو تلف بآفة سماوية يكون عليه عوضه وهو مشكل لان المفروض عدم بطلان الوكالة بذلك وكذا في الوديعة والعارية لان من احكام المذكورات عدم الضمان فالقدر الخارج هو التلف حال التعدي او التفريط ولا يجري الاستصحاب بعد تحقق عنوان ما لا ضمان معه وبما ذكرنا يظهر حال ما اذا كان ماله بيده غصباً او مقبوضاً بالبيع الفاسد او نحو ذلك ثم وكله المالك في بيعه او الشراء به او نحو ذلك او جعله وديعة عنده او عارية او رهناً او نحو ذلك فان مقتضى دخوله في هذه العناوين ارتفاع الضمان لتغير العنوان لكن ذكر جماعة في باب الرهن بقاء الضمان الا ان يأذن في الابقاء تحت يده بل عن بعضهم بقاء الضمان ولو مع الاذن في الابقاء والاقوى عدمه خصوصاً مع امكان دعوى ان المراد من اليد في قاعدتها اليد العادية وبعد الدخول في العناوين المذكورة ليست عادية خصوصاً بعد الاذن في الابقاء (مسئلة ٣) لا تبطل الوكالة بالتعدي والتفريط في مال الموكل كما اشرنا اليه وان كان الوكيل ضامناً لان المبطل لها هو الفسخ او العزل كما ان الامر كذلك في مثل الرهن والوديعة والعارية وحينئذ فلو كان وكيلاً في البيع فباع صح ويخرج بالبيع عن الضمان ولو قلنا بمقالة المشهور من بقائه ولو بعد العدول عن التعدي وذلك لانه مأذون فيه بمقتضى الوكالة فيكون بمنزلة تسليمه الى المالك ولا فرق في ذلك بين ما قبل تسليم المبيع الى المشتري وما بعده خلافاً للثاني من قال بقاء الضمان في الاول لاحتمال انفساخ البيع بالتلف قبل القبض وفيه ان الانفساخ من حين التلف لا من الاول فبمجرد البيع الصحيح يخرج عن الضمان ومنه يظهر انه لا فرق بين كون البيع خيارياً او لا ولو كان الخيار للمشتري ولا بضمن الثمن ايضاً اذا قبضه بناء على ما ذكرنا من الخروج عن الضمان بالعدول عن التعدي واما بناء على ما ذكره المشهور فلا يخلو عن اشكال (مسئلة ٤) يجب على الوكيل تسليم ما كان بيده من مال الموكل اليه عند مطالبته كما هو كذلك في ساير المقامات من الوديعة والعارية والرهن بعد الفك والاجارة بعد انقضاء الاجل ونحوها لان الاذن السابق يرتفع بالمطالبة ويجب المبادرة الى ذلك اذا لم يكن عذر عقلي او شرعي كما اذا زاحمه واجب مطلق اهم او عذر عرفي كما اذا كان في اثناء الطعام او في الحمام او كان في طريقه مطر مانع

بحسب العادة ولا يجب الاسراع في المشي في طريق الرد ولو اخر مع عدم العذر وضمن و دعوى انه لا دليل على سقوط الضمان للعذر اذ ليس في النصوص تعليق الحكم بالضمان وعدمه على العذر وجوداً وعدماً ومقتضى قاعدة اليد الضمان مع التأخير المنافي للفورية والعرف لاجل العذر الشرعي وان لم يكن اثم فيه اذ ليس في الادلة ما يقتضي عدم الضمان في كل ما هو ماذون شرعا بيقائه في يده مدفوعة بان الاداء الواجب بمقتضى خبر على اليد منصرف عن صورة العذر مع انه يمكن ان يقال ان المراد في الخبر اليد العادية فلا يشمل المقام ومن الاعذار المجوزة لعدم المبادرة توقف الرد على بذل المال فانه لا يجب عليه تحمل ذلك لقاعدة الضرر ﴿ مسئلة ٥ ﴾ هل يجوز للوكيل الامتناع عن تسليم ما بيده من مال الموكل الا بالاشهاد على ذلك هربا من الجحود الموجب للدرك وهكذا في كل من عنده او في ذمته مال لغيره فيه وجوه واقوال ثالثها الفرق بين مثل الوديعة مما يقبل فيه دعوى الرد وبين غيره رابعها التفصيل بين ما اذا كان لصاحب المال بينة على كون ماله عنده او في ذمته فله ذلك وبين غيره فلا لانه يمكنه انكار اصل المال خامسها التفصيل بين ما اذا استلزم الاشهاد تاخير التسليم المنافي للفورية وبين غيره مقتضى الاصل وجوب التسليم عند المطالبة فوراً ودعوى ان من عنده او عليه مال لغيره مخير في طريق الايصال فله ان يختار الايصال المشتمل على الاشهاد الا اذا استلزم التأخير الضرر على صاحب المال مدفوعة بان القدر المسلم تخيير المديون في تعيين ما عليه بين افراد الكلي الذي في ذمته واما التخيير في كيفية الايصال في العين او الدين بغير ما ذكر فلا دليل عليه والاقوى وجوب التسليم وعدم جواز الامتناع طلبا للاشهاد الا مع مظنة الضرر وكونه معرض الجحود للقبض الموجب للدرك فحينئذ يجوز الامتناع ولو نافى الفورية ومن المعلوم ان المقامات والاشخاص والموارد مختلفة في حصول الاطمينان وعدمه ﴿ مسئلة ٦ ﴾ اذا وكله في ايداع ماله عند شخص معين او غير معين لا يجب عليه الاشهاد على ذلك مع اطلاق الوكالة وكذا لو وكله في اداء دين عليه فلو ترك الاشهاد وانكر الودعي او الديان لم يضمن الوكيل لكن عن المشهور الفرق بينهما بعدم الضمان في الاول والضمان في الثاني والاقوى ما ذكرنا من عدم الضمان وعدم الفرق بينهما الا ان يكون تصريح من الموكل بارادة الاشهاد او كان هناك عادة ينصرف اليها الاطلاق او قرائن خارجية على ارادته في خصوص

المقام ﴿ مسئلة ٧ ﴾ لو دفع الوكيل مالا من خمس او زكوة او نذر او صدقة او غيرها ليفرقه على اشخاص معينين لا يجوز له التعدى عنهم وان كان هو او غيرهم بصفتهم او اولى بها منهم فان خالف ضمن وان دفع اليه ليفرقه على عنوان هو من افراد ذلك العنوان فان كان هناك نص او ظاهر فى احد الامرين من خروجه او دخوله او قرينة على احدهما فهو المتبع وان لم يكن بان اطلق فهل يجوز له الاخذ لنفسه ايضاً وعدها كاحدهم ام لا قولان المشهور على الجواز وعن جماعة عدمه والاقوى هو الاول لجملة من النصوص صحيحة منها عبد الرحمن بن الحجاج عن الرجل يعطى الدراهم يقسمها ويضعها فى مواضعها وهو ممن تحل له الصدقة قال ع لا باس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره ولا يجوز ان يأخذ اذا امره ان يضعها فى مواضع مسماة الا باذنه واما صحيحة الاخر الدال على عدم الجواز فلا يقبل المعارضه مع النصوص المزبورة فينبغى ان يحمل على الكراهة بل هو مقتضى الجمع الدلالى العرفى فلا ينبغى الاشكال فى المسئلة ولا فرق بين ما اذا كان الدافع عالماً بدخوله فى العنوان او لا بل ولو كان معتقداً لعدمه نعم لو نهاه عن الاخذ ولو لاعتقاده عدم دخوله لم يجز له اخذه الا اذا كان لا على وجه التقييد بل من باب الاشتباه فى المصداق هذا ولا يلزم المساواة فى الافراد بل يجوز تفضيل بعضهم على بعض لزيادة فقره او فضله الا اذا صرح الدافع بالمساواة ولا يجوز له ان يأخذ هو ازيد ممن هو فى عرضه فيجب ان يلاحظ نفسه بما يلاحظ به غيره والقول بوجوب المساواة فى الافراد ضعيف واستفادة ذلك من قوله ع مثل ما يعطى غيره او كما يعطى غيره محل منع ﴿ مسئلة ٨ ﴾ اذا وكله فى شراء جنس وكان عنده من ذلك الجنس هل يجوز له ان يبيعه مما عنده وكذا لو وكله فى بيع شئ هل يجوز له ان يشتريه لنفسه اولا اما مع الاذن او المنع من الموكل صريحاً او ظاهراً او دلالة القرائن على احد الامرين فلا اشكال فى الجواز او العدم واما مع الاطلاق مع عدم الانصراف ففيه قولان المشهور على المنع لجملة من الاخبار وجماعة على الجواز وهو الاقوى لشمول الاطلاق فان البيع من مال نفسه او الشراء لنفسه بيع وشراء وقد وكله فيهما مضافاً الى موثقة اسحق بن عمار وخبر ميسر والاخبار المانعة محمولة على الكراهة لكونه فى معرض الخيانة فان النفس خدوع او التهمة كما يشعر بكل منهما بعض تلك الاخبار لكن الاحوط مع ذلك فى غير صورة الاطمينان بالامن من

الامرين الترك لاحتمال كون المرضية لاحد الامرين حكمة في الحكم بالحرمة (مسئلة ٩) كل موضع خالف الوكيل الموكل فيما وكل فيه كما اذا وكله في ان يشتري من زيد فاشترى من عمرو او ان يشتري حمارا فاشترى فرساً او ان يبيع من زيد فباع من عمرو ونحو ذلك مما كان التعيين من جهة الانصراف كانت المعاملة فضولية موقوفة على اجازة الموكل سواء كانت واقعة على عين ماله او كانت في ذمته ثم اذا لم يذكر الوكيل اسم الموكل في المعاملة وادعى الطرف المقابل كونه اصيلاً الزم بها في الظاهر وله فيما بينه وبين الله المقاصة بالنسبة الى الطرف المقابل لا بالنسبة الى الموكل لان المفروض عدم عمله بما وكله فيه وكذا اذا باع او اشترى بعنوان الوكالة عن شخص بعين ماله او في ذمته فانكر الوكالة وحلف عليه فانه في الظاهر تكون المعاملة فضولية واما في الواقع فلها حكمها بالنسبة الى الوكيل على فرض صدقه وكذا بالنسبة الى طرف المقابل على فرض علمه بصدقه والتقصي اما هو بالمقاصة او نحوها (مسئلة ١٠) اذا اشتبه الوكيل فيما وكل فيه واوجب خسارة على الموكل يكون ضامناً لها كما اذا كان مديوناً لزيد فاعطاه ديناراً ليدفعه اليه فدفعه الى عمرو اما اعتقاداً انه زيد او بتخيل انه قال ادفعه الى عمرو فانه يضمن اذا لم يمكن اخذه او اخذ عوضه من عمرو ﴿ مسئلة ١١ ﴾ اذا وكله في اداء ما عليه من خمس او زكوة فدفعه الى غير المستحق لا اشكال في بقاء شغل ذمة الموكل وان كان ذلك بعد سعي الوكيل في تعيين المستحق والظاهر ضمان الوكيل ويحتمل عدمه اذا كان قد سعى سعيه وفي ضمان الاخذ مع عدم بقاء العين اشكال ولكن لا يخلو عدم ضمانه من قوة اذا كان جاهلاً بانه من طرف الخمس او الزكوة لان اخذه بعنوان المجانية بخلاف مسئلة الدين اذا اشتبه المالك او الوكيل بعنوان العوضية عما في الذمة (مسئلة ١٢) لا بأس للمالك ان يوكل غير الامين فيما يتعلق بمال نفسه لا فيما لغيره مثل مال القاصر والثلث والوقف ونحو ذلك لانه مسلط على ماله لا على مال غيره (مسئلة ١٣) قد مر ان الوكيل اذا امتنع من تسليم ما بيده من مال الموكل عند مطالبته من غير عذر يكون ضامناً لكن بقي الكلام في انه اذا ادعى بعد ذلك التخلص من الضمان ام سلمه اليه قبل الامتناع او تلف قبله فهل يسمع ذلك منه وهل تقبل بينته على هذه الدعوى او لا فنقول اما ان يكون الامتناع منه بمجرد المماطلة من غير اعتراف ببقاء المال تحت يده حال الامتناع واما ان يكون مع الاقرار

بقائه صريحاً أو ظاهراً فعلى الاول لا مانع من سماع دعويه فتقبل بينته ومع عدمها يقدم قوله لعدم المنافاة بينه وبين المماطلة ولا يجري استصحاب الضمان لان الشك على هذا في زواله بالتسليم او التلف قبل المطالبة والامتناع يوجب عدم ضمانه من الاول وعلى الثاني فيه وجوه (احدها) عدم السماع لانه ماخوذ باقراره بالبقاء ويكون باقراره مكذباً لبينته (الثاني) السماع وقبول بينته لاحتمال ان يكون اقراره عن اشتباه للنسيان او اعتماد على كتابة او نحو ذلك (الثالث) قبول بينته وعدم قبول قوله على تقدير عدمها (الرابع) التفصيل بين ما اذا اظهر تاويلا لاقراره فتقبل بينته دون قوله مع عدمها وبين ما لم يظهر فلا تقبل بينته ايضاً (الخامس) هذا التفصيل من دون فرق بين وجود البينة وعدمها والاقوى هو الوجه الاول وان كان الاخير لا يخلو عن قوة اذا كان التاويل مقروناً بقرائن الصدق ظناً ومما ذكرنا ظهر حال ما اذا انكر اصل الوكالة او انكر دفع المال اليه ثم ثبت عليه بالبينة او الاقرار فادعى التلف او التسليم فانه ايضاً لا تقبل بينته ولا تسمع دعواه الا اذا اظهر تاويلا لانكاره مقروناً بقراين الصدق

﴿ الفصل السابع في التنازع ﴾

(مسئلة ١) لو اختلفا في اصل الوكالة مع عدم البينة يقدم قول المنكر مع الحلف سواء كان هو المالك كما اذا تصرف في ماله بدعوى الوكالة فانكر توكيله او المدعى عليه بالوكالة كما اذا اشترى شيئاً فادعى واحد انه اشتراه بوكالته عنه وانه له وانكر المشتري وقال اشتريته لنفسي او لفلان وكما اذا اشترط في ضمن عقد لازم ان يوكله في امر معين في وقت معين واختلفا بعد مضي ذلك الوقت انه وكله حتى يبقى العقد على لزومه او لا حتى يثبت له خيار تخلف الشرط فانه يقدم قول منكر التوكيل ثم لا فرق بينهما بين ان يكون بينهما او بين احدهما ووارث الآخر او بين الوارثين وكذا اذا تنازع المالك مع المشتري كما اذا باع احد داره من شخص فادعى المشتري ان البايع كان وكيلاً عن المالك وانكر المالك ذلك فانه يقدم قول المنكر الذي هو المالك (مسئلة ٢) لو اتفقا على اصل الوكالة واختلفا في بعض كيفياتها فاما ان يكون النزاع بين المتباينين كان يقول وكلتك في بيع داري وقال بل وكلتني في بيع بستانك واما ان يكون بين المطلق والمقيد كان يقول وكلتك في شراء عبد حبشي وقال وكلتني في بيع عبد بدون التقييد واما ان يكون بين المطلق والخاص

كان يقول وكلتك في دفع المال الى السيد وقال وكلتني في الدفع الى الفقير مطلقا واما ان يكون بين الاقل والاكثر كان يقول وكلتك في بيع الشيء الفلاني ببعضه وقال بل كله او قال وكلتك في بيع عبدي بمائة دينار وقال الوكيل بل بخمسين او قال وكلتك في الشراء الشيء الفلاني بعشرة دراهم وقال الوكيل بل بعشرين فعلى الاول والاخيرين المقدم قول الموكل وعلى الثاني يمكن ان يقال بتقديم قول الوكيل لان الاصل عدم التقييد ومثله ما اذا ادعى الموكل انه شرط عليه شرطاً وانكره والشرط فان الاصل عدم الاشتراط (مسئلة ٣) لو اختلفا في الصحة والفساد كما اذا اختلفا في انه وكله في شراء خمر او خل او اختلفا في انها كانت واجدة لشرائط الصحة او لا قدم قول مدعي الصحة (مسئلة ٤) لو اختلفا في اشتراط الجعل وعدمه او في مقداره قدم قول الموكل ومع عدم الاشتراط يستحق اجرة المثل لعمله اذا لم ينو التبرع ولو ادعى الموكل انه تبرع بالعمل وانكره الوكيل قدم قوله وكذا لو ادعى انه دفع اليه الجعل وانكر (مسئلة ٥) لو اختلفا في انه دفع اليه مالا ليبيعه او يشتري به شيئاً او لا قدم قول الوكيل وكذا لو اختلفا في قدره (مسئلة ٦) لو اختلفا في تلف المال الذي كان بيده من مال الموكل قدم قول الوكيل وكذا في التعدي والتفريط او الخيانة مع الاتفاق في التلف §§ (مسئلة ٧) اذا اختلفا في تصرف الوكيل وعمله بما وكل فيه من بيع او شراء او قبض حق او وفاء دين او نحو ذلك وعدمه فالمشهور تقديم قول الوكيل لانه امين وعن بعضهم تقديم قول الموكل للاصل والاقوى الاول من غير فرق بين كون النزاع قبل العزل او بعده (مسئلة ٨) اذا وكله في شراء شيء واختلفا في قدر الثمن فقال الوكيل اشتريته بعشرة وقال الموكل بل اشتريته بثمانية فالاقوى تقديم قول الوكيل والقول بتقديم قول الموكل كما عن مجمع البرهان ضعيف واضعف منه احتمال التفصيل بين ما اذا اشترى في الذمة فيقدم قول الموكل او بعين مال الموكل فقول الوكيل ولا فرق في موضوع المسئلة بين كون ما قاله الوكيل بمقدار ثمن المثل او ازيد ودعوى انه على الثاني يكون الشراء باطلا لانه على خلاف المصلحة مدفوعة بالمنع اذ غاية ما يكون ثبوت خيار الغبن وكذا الحال اذا اعطاه دراهم وقال اشتر بها الجنس الفلاني فقال الوكيل اشتريت بها كما امرتني وقال الموكل اشتريت ازيد فان الاقوى تقديم قول الموكل ﴿ مسئلة ٩ ﴾

لو وكله في شراء عبد أو متاع فقال الموكل اني وكلتك في شرائه بمائة مثلاً وقال الوكيل وكلتني في شرائه بمائتين يقدم قول الموكل كما مر (مسئلة ١٠) لو اختلفا في تسليم ما بيده من مال الموكل اليه وعدمه ففي المشهور التفصيل بين ما اذا كانت الوكالة بجعل فيقدم قول الموكل أو بغير جعل فقول الوكيل اذ مع عدم الجعل محسن محض كالودعي فيدل على قبول قوله ما دل على قبول قول الودعي وان كان بجعل فقد اخذ لمصلحة نفسه فيعمل فيه بمقتضى الاصل وقاعدة كون اليمين على من انكر وعن جماعة تقديم قول الموكل مطلقاً والاول وان كان له وجه الا ان الثاني اقوى واوفق بالقواعد كما هو الحال في ساير المقامات اذ كل من كان عنده مال لغيره عليه ان يثبت بالبينة ايصاله اليه ما عدا الودعي والا فيقدم قول المنكر كالمستعير والمستأجر والمرتهن والشريك وعامل القراض وغيرهم بل وكذا الاب والجد والقيم بالنسبة الى مال المولى عليه فانه اذا انكر القبض بعد بلوغه ورشده يقدم قوله مع عدم البينه وان كان يمكن ان يقال بالفرق بينه وبين المقام حيث انه لم يأتمن الولي بل هو المؤتمن من الله أو من الموصي ولذا قد يقال في الوديعة اذا كانت الدعوى من ورثة الموثق بان انكروا التسليم الودعي عليه اليهم يقدم قولهم لانهم لم يأتمنوه وانما ائتمنه مورثهم والحاصل ان مقتضى القاعدة في جميع المقامات تقديم قول المنكر ما عدا الوديعة وعمدة الدليل فيها هو الاجماع الخاص بها (مسئلة ١١) اذا اختلفا بعد تصرف الوكيل في العزل قبله وعدمه أو في بلوغ خبره وعدمه قدم قول الوكيل وكذا ان علم العزل مع بلوغ الخبر واختلفا في تقدم التصرف وتاخره مع الجهل بتاريخهما أو بتاريخ العزل مع العلم بتاريخ التصرف واما مع العكس فالظاهر تقديم قول الموكل (مسئلة ١٢) اذا اشترى الوكيل شيئاً فقال الموكل اشتريته لي وقال الوكيل اشتريته لنفسي او لفلان قدم قوله لانه اعرف بنيته ولا تعلم الا من قبله (مسئلة ١٣) اذا باع الوكيل مال الموكل وقبض الثمن وتلف في يده واختلفا في انه كان مأذوناً في القبض ام لا يقدم قول الموكل ويغرم الوكيل بعد يمين الموكل الا اذا دلت القرائن في خصوص مقام على ان الاذن في البيع اذن في قبض الثمن ايضاً (مسئلة ١٤) اذا ادعى وكالته عن شخص في اخذ حق له على آخر من عين او دين لا يجب عليه دفعه اليه بمجرد هذه الدعوى بل لا يجوز اذا كان الحق عيناً لم يعلم بصدقه في دعوى الوكالة او اقام بينة عليها يجب عليه

الدفع ولا يسمع منه ان يقول لا تستحق المطالبة لا لكونه مكذباً للبينة او منافياً لاعترافه بصدقه لمنع ذلك لاحتمال ان يكون ذلك منه لان الموكل عزله عن الوكالة او ابرء المديون او كان المديون اداه الى الموكل بل لانه يجب العمل بالبينة الا ان يظهر عذراً بان يدعي احد الامور المذكورة وحينئذ عليه اثباته فان اثبت والا الزم بالدفع وليس له اليمين على الوكيل اذا ادعى عليه العلم بما ادعاه فان نكل سقط حق مطالبته وان حلف الزمه بالدفع ﴿ مسئلة ١٤ ﴾ اذا وكله في قبض حق له على غيره فاقر الوكيل بالقبض وانه تلف في يده بغير تفريط وصدقه الغريم وانكر الموكل قبضه قدم قول الوكيل لانه امين ليس عليه الا اليمين لكن هل يسقط بذلك حق الدعوى على الغريم ايضاً اولا قد يقال بسقوطه وانه يبرء ايضاً كما عن كرة ولك لان الحق واحد وقد سقط بحلف الوكيل لكن الاقوى عدم سقوطه فله ان يدعي على الغريم بعدم الاقباض للوكيل وتصديقه لا ينفع في براءة ذمته ونمنع كون الحق واحداً بل كان له حق الدعوى على كل منهما وتقديم قول الوكيل في الدعوى عليه لا يوجب تقديم قول الغريم ايضاً والمفروض انه ليس بامين له بالنسبة اليه يكون كما لو لم يدع على الوكيل بل من الاول وجه الدعوى على الغريم وكذا الحال اذا وكله في بيع شيء وقبض ثمنه وبعد البيع ادعى انه قبض الثمن وتلف في يده وانكر الموكل قبضه فانه يقدم قول الوكيل ولا يسقط الدعوى على المشتري كما اذا وجه الدعوى من الاول عليه وانكر قبض الوكيل للثمن ﴿ مسئلة ١٥ ﴾ اذا زوج امرأة بدعوى الوكالة عن شخص بصداق معين فانكر الوكالة ولا بينة يقدم قوله مع اليمين وللمرأة ان تتزوج مع عدم علمها بصدق مدعي الوكالة واختلفوا في ثبوت المهر لها وعدمه على اقوال فمن جماعة عدمه بعد الحكم ببطلان النكاح ظاهراً كما هو مقتضى القاعدة وعن جماعة اخرى وجوب تمام المهر على مدعي الوكالة لخبر محمد بن مسلم بعد تنزيله على صورة دعوى الوكالة وعن المشهور ثبوت نصف المهر عليه وهو الاقوى لخبر عمر بن حنظلة وصحيح ابي عبيدة وحمل خبر محمد بن مسلم على ارادة النصف وهذه الاخبار وان كانت على خلاف القاعدة من حيث عدم وجوب المهر مع بطلان النكاح ظاهراً مع انه انما يكون على الزوج لا على الوكيل الا انه يجب العمل بها تعبداً وحكمة الحكم ما اشير اليه في بعضها من تقصير الوكيل في ترك الاشهاد على وكالته او غيره ثم ان هذا اذا ذكر له مهراً واما اذا لم يذكره

بدون ذكر المهر فلا شيء لها والقدر المتيقن صورة عدم تصديقها لمدعي الوكالة والا فلا شيء لها ثم لها ان تتزوج اذا لم تعلم بالوكالة وعلى الزوج طلاقها مع صدق الوكيل والا فهو اثم ويصح ان يقول ان كانت زوجتي فهي طالق وليس للمرأة ان تتزوج مع علمها بصدق الوكيل وهل يجوز للحاكم الشرعي حينئذ اجبار الزوج على الطلاق ولو بالحبس والتعزير الظاهر عدمه نعم لا يبعد جواز طلاقه عنه ولاية ويحتمل ان يكون لها الفسخ واما وجوب الصبر الى موت ذلك الرجل فمشكل ومقتضى اطلاق الاخبار جواز التزويج مطلقا والاحوط مع امتناع الزوج من الطلاق فسخها وفسخ الحاكم وطلاقها ولاية

﴿ فروع ﴾

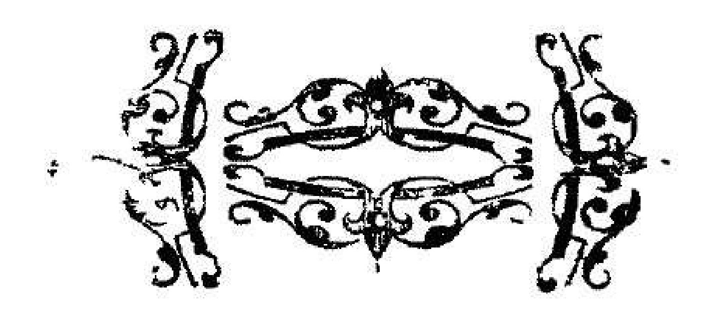
(احدها) اذا نكل الزوج عن اليمين على عدم التوكيل وحلف الوكيل على وكالته هل يكفي في ثبوت الزوجية مع عدم علم الزوجة بالحال اولا ومع علمها بصدق مدعي الوكالة هل يحتاج الى حلفها ايضاً اولا اشكال (الثاني) اذا رجع عن انكاره بعد حلفه قبل تزويجها من الغير فالظاهر ثبوت الزوجية الا اذا طلقها الحاكم الشرعي او فسخ او فسخت ان قلنا باحدهما وان كان بعد تزويجها في صورة عدم علمها بصدق المدعي فالظاهر انه لا سبيل له عليها الا بعد تبين الصدق لها وللزوج الثاني (الثالث) اذا علمت بصدق الوكيل هل لها المقاصة من تركته اذا مات مقدار ارثها منه وهل للوكيل المقاصة من ماله لبراءة مهرها الذي اعطاه ام لا يحتاج الى التأمل (الرابع) اذا طلقها قبل الدخول بعد ثبوت الوكالة هل الحكم كذلك في استحقاقها نصف المهر كما هو الظاهر من كونه ابن جنيد او لا اشكال (الخامس) هل يجري الحكم في المتعة اولا مقتضى انصراف الاخبار عدمه (فائدة) فيما [illegible] (مسئلة ١) اذا اشترى الوكيل فهل للبائع الرجوع بالثمن على الوكيل او الموكل او يتخير ان لم يذكر حين العقد انه وكيل عن الغير ولم يعلم به البائع حين البيع او بعده ثم انكر الوكالة فليس له الا المطالبة من الوكيل غاية ما يكون له عليه الحلف على عدم العلم ان ادعى عليه ذلك كما هو وان ذكر ذلك حين العقد واشترطا ان يكون المطالب بالثمن هو الوكيل او الموكل فهو المتبع وان لم يشترطا شيئاً وفرض كونه وكيلا في مجرد اجراء الصيغة او في الشراء فقط من دون ان يكون وكيلا في القبض والاقباض مع علم البايع بذلك حال البيع فليس له الا مطالبة

الموكل وان كان وكيلاً مستقلاً حتى في القبض والاقباض وعلم بذلك البايع حال البيع او بعده فهو مخير في المطالبة من الوكيل او الموكل اما الوكيل فلانه المباشر للمعاملة ومن مقتضياتها تسليم الثمن او المثمن على المباشر سواء كان مالكاً او ولياً او وكيلاً او وصياً واما الموكل فلان الشراء له ولا فرق على الاقوى بين كون الثمن شخصياً او في الذمة وعلى الاول لا فرق على الاقوى بين ان يكون بيد الموكل او الوكيل وعلى الثاني ايضاً بين ان يكون الموكل قادراً على مقداره للوكيل اولا وهنا اقوال اخر بتفصيلات بين ما ذكرنا ضعفها او حاجتها الى التقييد ببعض القيود * كذا اذا باع شيئاً وكالة عيناً او في ذمة الموكل فحاله حال الشراء بالنسبة الى مطالبة المبيع من الموكل والوكيل (مسئلة ٢) لا اشكال في قبول شهادة الوكيل على موكله بل وكذا شهادته له في غير الامر الذي هو وكيل فيه وكذا فيه اذا كانت الشهادة قبل التوكيل او بعده وبعد العزل اذا لم يكن شهد حال الوكالة وردت شهادته واما قبولها فيما هو وكيل فيه في حال الوكالة فلا يجوز فاكانت بجعل بل لا ينبغي الاشكال فيه (واما) اذا لم يكن بجعل فالمشهور عدم قبولها ايضاً وهو الاحوط لا للتهمة حتى تمنع في جملة من موارده اما لا يكون فيها الا التعب والاشتغال عن مقاصد نفسه بل لانه بمنزلة نفس الموكل فيكون كاف الشهادة لنفسه كاف الاب والجد بالنسبة الى مال المولى عليه فما عن الاردبيلي وتبعه صاحب الحدائق من القبول لعمومات قبول الشهادة العادل ولعدم التهمة في جملة من الموارد وعدم عموم يدل على عدم قبول في مطلق التهمة لا وجه له ﴿ مسئلة ٣ ﴾ اذا وكل شخصاً في انجاز امر من عقد او ايقاع كنكاح او طلاق او اداء دين او اعطاء خمس او زكوة او تطهير ثوب او نحو ذلك فاخبر بانه اتى به يشكل ترتيب الاثر على قوله بمجرد خبره مع عدم الاطمينان بصدقه حتى لو كان عادلاً لاشكال في ... عدم حجية خبر العادل في الموضوعات فلا يجوز له مقاربة المرأة الموكل في نكاحها ولا ترتيب اثر الطلاق على من وكله في طلاقها فلا تسقط عنه النفقة بمجرد ذلك ولا يجوز له نكاح اختها او الخامسة ولا تفرغ ذمته من الدين او الخمس او الزكوة هكذا وما ... من ان الوكيل امين يقبل قوله انما كان في مقام المنازعة مع الموكل في بعض الامور ... حيث ان نفس الوكالة مثل استحقاق الجعل ونحوه لا مطلقاً فلا يصح ... الا اذا حصل الاطمينان بصدقه في خبره كما هو مقتضى ...

فى باب الزكوة من كفاية كونه ثقة كخبر يقطين عمن يلى صدقة العشر على من لا باس به فقال عليه السلام ان كان ثقة فمره يضعها فى موضعها وان لم يكن ثقة فخذها منه وضعها فى موضعها وخبر صالح بن رزيق عن شهاب انى اذا جئت زكوتى اخرجتها فادفع منها الى من اثق به يقسمها قال ع لا باس بذلك ثم لو علم ان الوكيل اتى بما وكل فيه ولم يعلم انه اتى به على الوجه الصحيح او لا يمكن حمل فعله على الصحة وترتيب الاثر عليه كما انه اذا كان مال لغيره فى يده وادعى كونه وكيلا فى بيعه او نحوه يجوز الشراء منه وترتيب الاثر عليه لمكان كون يده عليه بخلاف ما اذا لم يكن فى يده وادعى الوكالة عن مالكه فانه لا يقبل قوله

تمت كتاب الوكالة بالخير

ويليه كتاب الهبة



والله الحمد تم كتاب الوكالة

من جلد الثاني من
العروة الوثقى لا انفصام لها والله سميع عليم

لسيد العلماء الربانيين حجة الاسلام والمسلمين
آية الله في العالمين السيد الاستاد الاعظم
السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي
طاب ثراه وجعل الجنة مثواه
آمين يا رب العالمين

